



UNIVERSITÀ
di **VERONA**

Università degli Studi di Verona
Dottorato in Scienze Giuridiche Europee e Transnazionali
Curriculum di Diritto ed Economia dell'Impresa
Discipline Interne ed Internazionali



Il formante dottrinale nel diritto penale

a cura di

LORENZO PICOTTI

ROBERTO FLOR

Atti della sessione penalistica del Seminario interdisciplinare per i dottorandi

Alba di Canazei (Trento), 28-30 marzo 2014

Dottorato in Scienze Giuridiche Europee e Transnazionali
Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Verona

Lorenzo Picotti, Roberto Flor
Pubblicato solo on-line

Dipartimento di Scienze Giuridiche
Università degli Studi di Verona
Via Carlo Montanari, 9 – 37122 Verona (Italia)
Copyright Creative Commons 2016

Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate CC BY-NC-ND
ISBN 9788899957001

I contributi sono stati selezionati dai referenti scientifici dell'area di diritto penale afferenti al curriculum “Diritto ed Economia d’Impresa. Discipline Interne ed Internazionali” del Dottorato in Scienze Giuridiche Europee e Transnazionali (Università degli Studi di Verona)

SOMMARIO

Presentazione <i>Lorenzo Picotti e Roberto Flor</i>	7
Sul contributo della dottrina penale italiana al “volto costituzionale” del diritto penale <i>Lorenzo Picotti</i>	11
Il contributo dottrinale all’evoluzione interpretativa dell’art. 27, 1° comma, della Costituzione <i>Lisa Castellani</i>	49
L’interpretazione dell’art. 27 Cost. come roccaforte del principio <i>societas delinquere et puniri non potest</i> : gli ostacoli costituzionali ed il superamento delle incompatibilità <i>Andrea La Luce</i>	63
L’influenza della dottrina nella giurisprudenza della Corte Penale Internazionale <i>Giulia Lanza</i>	85
Il dolo specifico implicito e la sua applicazione giurisprudenziale al riciclaggio <i>Rosa Maria Vadalà</i>	95
Considerazioni di sintesi <i>Lisa Castagna</i>	107

Presentazione

di

Lorenzo Picotti e Roberto Flor

Il seminario per i dottorandi della Scuola di Dottorato in Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Verona, che si è svolto nella bella e consueta sede di Alba di Canazei dal 28 al 30 marzo 2014, ha avuto ad oggetto “*Il formante dottrinale*”.

Il tema è stato scelto come ideale sviluppo di quello precedente sul “*Pluralismo delle fonti*” (2013), inserendosi nel programma annuale delle attività formative della Scuola di Dottorato di Giurisprudenza, quale seminario interdisciplinare, che si svolge su temi comuni ai vari indirizzi, per poter affrontare, in un confronto ed una discussione condivisi, aspetti trasversali della ricerca giuridica, da affiancare allo studio ed all'approfondimento specialistici.

Riprendendo così l'articolazione adottata con successo nei tre precedenti incontri annuali, dopo la relazione introduttiva di respiro generale¹, collocata nella prima mezza giornata e

¹ La relazione introduttiva è stata affidata, in questa edizione, al prof. Maurizio Gobbo (Università di Padova) sul tema «Apporto dottrinale e

conclusa dalla discussione con i docenti ed i dottorandi di tutti i settori scientifico disciplinari partecipanti², nel secondo giorno vi è stato l'approfondimento nell'ambito dei singoli indirizzi, basato su brevi relazioni ed interventi dei dottorandi stessi, previamente preparati e vagliati con il supporto dei *tutors*, su profili vicini (ma non necessariamente) ai temi delle rispettive tesi dottorali.

Infine, nell'ultima mezza giornata vi sono state brevi relazioni di sintesi dei lavori svolti in ciascun singolo ambito disciplinare, seguite da un interessante e stimolante dibattito conclusivo generale.

Per la sessione penalistica, di cui qui si presentano i contributi, riferibile al curriculum "*Diritto ed Economia dell'Impresa. Discipline interne ed internazionali*", dopo l'introduzione generale di **Lorenzo Picotti** sul contributo della dottrina italiana al "volto costituzionale" del diritto penale e la relazione metodologica di **Roberto Flor** su dogmatica, politica criminale ed interpretazione della legge, sono intervenuti i

creazione del diritto negli ordinamenti di matrice anglosassone. Brevi considerazioni in chiave diacronica tra elementi fattuali, fondamenti giustificativi e recepimento formale».

² I corsi della Scuola coinvolti sono stati i seguenti: *Diritto ed economia dell'impresa. Discipline interne ed internazionali*; *Diritto costituzionale italiano ed europeo (DCIE) - Diritti fondamentali e democrazia costituzionale globale*; *Diritto privato europeo dei rapporti patrimoniali civili e commerciali*.

dottorandi in diritto penale ed in particolare **Lisa Castellani** ed **Andrea La Luce**, sull'evoluzione dell'interpretazione dell'art. 27 della Costituzione, anche in relazione alla responsabilità da reato degli enti; **Rosa Maria Vadalà** sul dolo specifico "implicito" e la sua applicazione giurisprudenziale al delitto di riciclaggio; **Giulia Lanza** sull'influenza della dottrina nella giurisprudenza della Corte Penale Internazionale.

La sessione è stata particolarmente ricca per il vivace dibattito sviluppatosi sul ruolo della dottrina penale e la sua influenza non solo sul piano dell'ermeneutica giuridica, della sistematica e della dogmatica, ma anche su quello della politica criminale, come ben sintetizzato da **Lisa Castagna** nella sua esposizione riassuntiva durante la sessione generale del giorno conclusivo.

Il confronto interdisciplinare così sviluppato, cui sono stati finalizzati i lavori, ha rappresentato l'occasione per una riflessione più ampia sul ruolo essenziale del "*formante dottrinale*", che accomuna – pur se con modalità ed accenti distinti - tutti i settori, e di cui gli studiosi devono essere consapevoli, fin dalle ricerche dottorali, per poter essere protagonisti nell'influenzare proficuamente l'evoluzione del "diritto vivente" a livello non solo nazionale, ma anche europeo e sovranazionale.

Il seminario ha senz'altro confermato l'utilità ed importanza di un approccio e metodo interdisciplinari, oltre che il positivo effetto di un modulo residenziale, per di più in una cornice attraente come quella delle Dolomiti di Fassa (in cui vi è una sede dell'Università di Verona dedicata per l'appunto ad iniziative didattiche e congressuali di questa natura), in quanto consente un proficuo arricchimento di conoscenze e relazioni anche sul piano personale, accomunando docenti e dottorandi che, pur nei diversi ruoli, chi percorrono assieme la strada della ricerca.

Verona, novembre 2015

Lorenzo Picotti

Roberto Flor

Sul contributo della dottrina penale italiana al “volto costituzionale” del diritto penale

Relazione introduttiva

di

Lorenzo Picotti

Sommario: 1. *Premessa* - 2. *Sui “formanti” del diritto penale ed il ruolo della dottrina* – 3. *Il contributo di Franco Bricola al “costituzionalismo penale” italiano* – 4. *I principi di fonte costituzionale in materia penale:* 4.1. *La riserva assoluta di legge statale* - 4.2. *Il principio di tassatività (o determinatezza) della legge penale ed il divieto di retroattività* - 4.3. *Il principio di colpevolezza* - 4.4. *Il principio di necessaria offensività del reato* - 5. *Le più rilevanti ricadute del “costituzionalismo penale” sui contenuti e le categorie dogmatiche della teoria generale del reato* - 6. *L’impatto del “costituzionalismo penale” sulla giurisprudenza e sulla legislazione italiane* – 7. *Conclusioni.*

1. *Premessa* - Nella mia relazione, avente carattere introduttivo, intendo sviluppare i tre piani su cui si può sinteticamente collocare il contributo dato dalla dottrina penale italiana al nuovo “volto costituzionale” del diritto penale dopo l’entrata in vigore della Carta fondamentale del 1947. Muovendo da una premessa di carattere generale sul ruolo del “formante” dottrinale in questo peculiare settore dell’ordinamento giuridico (par. 2) e concludendo poi con brevi osservazioni sul suo rilievo in una prospettiva futura (par. 7), intendo evidenziare soprattutto l’apporto originale del pensiero di Franco Bricola, cui si deve la sistematica opera di “costituzionalizzazione” del diritto penale italiano (par. 3). Essa non ha portato solo all’individuazione dei “principi” fondamentali da porre a base del sistema penale nel nuovo quadro (o “volto”) ricavabile dalla Carta (par. 4), ma anche alla rielaborazione, alla luce di detti principi, di essenziali categorie dogmatiche e di concetti penalistici di carattere generale (par. 5), che hanno rappresentato un importante momento di sviluppo per la scienza giuridico-penale, con un diretto impatto sulla dottrina, italiana e non solo, oltre che sul “diritto vivente”, grazie all’opera soprattutto della giurisprudenza costituzionale, ma anche di quella ordinaria, che ne hanno recepito gli assunti

essenziali, mentre in misura senz'altro minore si è avuto un riflesso sulla riforma della legislazione vigente (par. 6).

2. *Sui “formanti” del diritto penale ed il ruolo della dottrina* - Da un punto di vista metodologico e culturale bisogna muovere dal rilievo che il diritto (compreso quello penale) non si esaurisce in un insieme di disposizioni e di regole scritte, poste dalle fonti normative, ma comprende anche il momento pratico della decisione ed applicazione giudiziale, in cui si forma la relativa giurisprudenza e si producono le “massime” che consolidano il contenuto del sistema giuridico *vivente*. In questo processo, un ruolo importante va riconosciuto alle istituzioni ed ai soggetti (magistrati, avvocati, esperti e studiosi del diritto, a partire dai professori universitari), che costituiscono la necessaria struttura organizzativa e specialistica, grazie a cui il diritto viene concretamente interpretato ed applicato, con un contenuto determinato e via via adattato anche all'evoluzione del tessuto sociale, in cui ‘positivamente’ opera.

Un ruolo ed uno spazio rilevanti vanno altresì riconosciuti alla tradizione e trasmissione “orale” (in convegni e dibattiti, in lezioni e seminari, in colloqui e confronti, specie fra maestri ed allievi; ma anche nelle udienze e camere di consiglio, ecc.), che - pur senza richiamare le nitide indicazioni dei

“dialoghi” di Platone - sono un tramite di conoscenze, anche giuridiche, non meno importante di quello tradizionalmente rappresentato dai testi scritti, quali le pubblicazioni scientifiche e le motivazioni delle sentenze, non sempre letti e considerati con la debita attenzione od altrettanto incisivi per la formazione e lo sviluppo di un determinato orientamento di pensiero, od approccio metodologico e culturale.

Differenziata, ma essenziale, è in questo complesso contesto l'influenza delle tradizioni proprie di ciascun ordinamento nazionale, a partire dal ceppo giuridico cui appartiene, con la relativa cultura: esse integrano il dato legislativo, storicamente e talora solo 'contingentemente' in vigore, garantendo una relativa (e talora sorprendente) continuità anche di fronte a novelle normative o riforme parziali.

Ed è nel processo formativo del diritto vivente, così tratteggiato, che è sicuramente essenziale il ruolo della dottrina, la quale rielabora incessantemente il dato positivo e giurisprudenziale, in conformità a concetti e categorie dogmatiche sedimentate e trasmesse nel tempo, in un perenne ed insostituibile sforzo di razionalizzazione sistematica e di vaglio critico delle fonti e della giurisprudenza, di cui evidenzia (o dovrebbe evidenziare) i punti di debolezza o di contraddizione, suggerendo possibili soluzioni ermeneutiche o di riforma. Ma non solo esigenze di

coerenza interna e dogmatica vengono o devono da essa essere tenute in conto, bensì anche quelle più pregnanti di adeguamento a sovraordinate istanze di rango costituzionale e di fonte internazionale, oltre che di politica del diritto, considerate meritevoli di essere perseguite.

A siffatta complessa articolazione del fenomeno giuridico non resta certo estraneo il diritto penale, nonostante la sua fonte di legittimazione sia di natura strettamente legale: il rispetto del principio di legalità, infatti, non esclude, ma anzi richiede la consapevole padronanza e gestione delle articolate risorse e componenti, anche istituzionali, del sistema giuridico, con il correlativo sforzo di razionalizzazione ed adeguamento, da cui dipende la concreta efficacia delle previsioni normative.

Per questo, da parte di autorevoli penalisti si è parlato addirittura di “costanti” del sistema penale, che l’elaborazione dottrinale enuclea in concetti e categorie dogmatiche che vanno al di là delle singole variabili o contingenti peculiarità normative e giurisprudenziali (al riguardo esemplare resta ancora l’insegnamento di Pietro Nuvolone).

Un coerente impianto *sistematico* richiede infatti, innanzitutto, il pieno riconoscimento del ruolo essenziale da attribuire ai principi, che nell’ordinamento penale italiano devono ricavarsi dalla Carta costituzionale, in quanto *norma* primaria cui

conformarsi, superando gli schemi ed i retaggi culturali, ma spesso anche il dato legislativo risalente al precedente regime. Alla dottrina italiana del dopoguerra, che ha seguito tale impostazione, è toccato dunque di svolgere appieno la funzione di “formante” del diritto penale, valorizzando in modo esemplare il *novum* portato dalla Costituzione repubblicana, contro le resistenze degli orientamenti più tradizionali e conservatori dello stesso mondo accademico e giudiziario.

3. *Il contributo di Franco Bricola al “costituzionalismo penale” italiano* – Il “formante” dottrinale ha avuto un ruolo importante non solo sul piano teorico, ma anche su quello dell’impatto pratico, nel lungo processo di censura, rilettura critica ed adattamento del diritto penale previgente alla stregua dei principi enucleati dalla Costituzione entrata in vigore il 1° gennaio 1948.

La peculiarità storica del nostro ordinamento penale è, infatti, che era e resta tuttora vigente il cosiddetto codice Rocco del 1930, fondato su presupposti ideologici e culturali, scale di valori, fondamenti dottrinali profondamente mutati dopo la caduta del regime fascista, gli sconvolgimenti della seconda guerra mondiale, il nuovo assetto politico e giuridico democratico, sorto dalla Resistenza.

Lo iato che si è prodotto fra le fonti - costituzionale ed ordinarie - e la lentezza del processo di adeguamento legislativo e giurisprudenziale del diritto penale alla Carta fondamentale, dovuto anche alla permanenza, nelle strutture giudiziarie ed accademiche, dei magistrati e dei professori formati ed operanti sotto il precedente regime, ha dato spazio alla dottrina più giovane, denominata del “costituzionalismo penale” e rappresentata soprattutto dal pensiero del mio maestro Franco Bricola (di cui ricorre quest’anno il ventennale della prematura scomparsa e cui rivolgo quindi il mio sempre grato pensiero, a ricordo della sua opera e del suo indirizzo, quale costante sostegno scientifico e personale): sviluppando l’acuta impostazione del suo maestro Pietro Nuvolone, egli ha saputo segnare una svolta profonda non solo negli studi, ma anche nelle successive elaborazioni teoriche della dottrina ed applicazioni pratiche della giurisprudenza.

Il suo approccio presenta caratteri anche metodologicamente interessanti, che lo differenziano, ad esempio, dall’impatto non meno innovativo e critico che hanno avuto altri filoni di pensiero del dopoguerra, come quello di Claus Roxin in Germania, sviluppatosi negli anni ‘70 privilegiando una rilettura in chiave politico-criminale, piuttosto che costituzionale, dei

concetti e della sistematica del reato, propri della tradizione penale tedesca.

Questi dunque i punti fondamentali del pensiero di Franco Bricola, che si possono così sintetizzare:

I. La Costituzione va vista, letta e interpretata “da giuristi”, quale norma scritta di grado gerarchico sovraordinato al codice penale ed alla legislazione complementare, applicando i criteri propri dell’ermeneutica giuridica: non è infatti soltanto il “manifesto” di nuovi valori politico-culturali o di precetti meramente programmatici, di cui pure è stata espressione e “mediatrice” nel mondo del diritto, ma è norma primaria e fondante (*Grundnorm*) dell’ordinamento;

II. L’approccio metodologico giuspositivista va mantenuto, distinguendosi dal contrapposto neogiusnaturalismo del dopoguerra d’ispirazione etico-religiosa od anche meramente razionalista: ad esempio, il rimando costituzionale ai “diritti fondamentali” dell’uomo, che la Repubblica si obbliga a “riconoscere” e “garantire” ai cittadini (art. 2 Cost.), va letto come rinvio alle fonti sovranazionali, a partire dalla Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948 e dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali del 1950 (cui via via si sono affiancate altre Convenzioni e Carte dei diritti, fino a quella dei diritti

fondamentali dell'Unione europea del 2000), che dinamicamente li affermano e tutelano a livello internazionale, piuttosto che quale richiamo alle suggestioni del “diritto naturale” o ad elaborazioni razionaliste di stampo illuministico, pur autorevolmente sviluppate in Germania nel dopoguerra per reazione al “diritto ingiusto” del regime nazista, come ad es. dal “positivista” Gustav Radbruch, ed anche in Italia, anni dopo, da Luigi Ferraioli.

III. È nel contempo netto il distacco dal “tecnicismo giuridico” propugnato da Arturo Rocco, che ha dominato il pensiero penalistico italiano per oltre mezzo secolo, fin dopo l'avvento della Costituzione e del nuovo sistema democratico e pluralista: proprio in ossequio alla gerarchia delle fonti ed al metodo giuspositivista, erano dunque da rivedere profondamente i contenuti e gli esiti dell'interpretazione del codice e della legislazione penale previgenti, per la necessità di riconoscere ed affermare i nuovi valori e le loro diverse gerarchie, rispetto a quelle precedenti, in conformità con l'evoluzione storico politica delle fonti, di cui la Carta costituzionale ha rappresentato l'emblema e la sintesi. In tal modo è stata profondamente criticata la pretesa “neutralità” asettica del giurista ed abbattuta la “torre d'avorio” in cui pensava di potersi rinchiudere, limitando il proprio orizzonte conoscitivo alla sola legge

positiva e sottomettendosi così interamente alla volontà del legislatore ordinario, mentre dovevano e devono prevalere i principi e precetti sovraordinati che si ricavano dalla Costituzione (oltre che dalle fonti sovranazionali cui essa dà riconoscimento). Ed hanno trovato spazio, venendo criticamente filtrati, anche i riflessi ed i legami del diritto vivente con il contesto dei conflitti e dei rapporti sociali, economici, politici propri della società pluralista, in cui il penalista deve consapevolmente operare, integrando nella scienza penale il sapere empirico della criminologia e di altre discipline sociali e scientifiche (comprese la medicina legale, l'antropologia, l'economia, ecc.), così da poter anche suggerire, orientare e comunque valutare le scelte politico criminali del legislatore.

IV. Infine, l'impatto della Costituzione sull'ordinamento penale non si può ridurre ai singoli punti di frizione con specifiche norme e fattispecie incriminatrici, pur immediatamente emersi all'attenzione della giurisprudenza e della dottrina dopo la sua entrata in vigore: ad esempio in relazione al "diritto di sciopero" proclamato di rango costituzionale dall'art. 40 Cost., mentre nel codice penale il suo esercizio era (ed in singole ipotesi tuttora resta) punito quale delitto; od in relazione alla "libertà di manifestazione del pensiero", solennemente proclamata dall'art. 21 Cost., rispetto a

cui palese appariva l'illegittimità della disciplina repressiva del codice Rocco in tema di "reati di opinione" ed ancor più la legislazione speciale in materia di stampa, oltre che l'originaria formulazione dell'art. 57 c.p. sulla responsabilità penale del direttore di stampa periodica (come subito segnalato da Pietro Nuvolone nei suoi importanti contributi degli anni '50). Non può in definitiva bastare una "rilettura" conforme alla Costituzione di *single* disposizioni penali, né la loro declaratoria d'incostituzionalità o la loro isolata riforma legislativa, occorrendo più in generale una rivisitazione complessiva del quadro d'insieme del *sistema* penale, che deve recepire l'assetto diverso di valori delineato dall'intero disegno costituzionale. Emblematica è al riguardo la contrapposizione fra una sistematica c.d. discendente della parte speciale del codice penale, quale quella prescelta dal legislatore del 1930, che enfatizzava e poneva al primo posto – anche quanto a severità sanzionatoria - i delitti contro la personalità dello Stato, ed una sistematica invece c.d. ascendente, che in prospettiva personalistica deve valorizzare come preminenti le offese ai diritti fondamentali ed ai beni giuridici della "persona" umana, cui devono poi affiancarsi quelle agli interessi della collettività e della solidarietà sociale, a partire dal campo del lavoro, dell'economia e dell'amministrazione della cosa pubblica.

4. I principi di fonte costituzionale in materia penale -

Sulla base di queste premesse, Franco Bricola ha innanzitutto individuato, con rigoroso metodo esegetico, i “principi” ricavabili dalla Carta costituzionale, da porre a base del sistema penale complessivamente considerato, per sviluppare poi, con riferimento a singole categorie e concetti di parte generale, nuovi contenuti anche dogmatici, coerenti con detti principi.

4.1. *La riserva assoluta di legge statale* - La prima fondamentale affermazione della natura “assoluta” della riserva di legge in materia penale, da intendere come legge “statale”, non anche “regionale”, è stata ricavata dal raccordo sistematico del comma 2 dell’art. 25 Cost. con il suo comma 1, da cui è storicamente originato, scindendosene nel corso dei lavori dell’Assemblea costituente, attentamente analizzati; raccordo anche logico e linguistico, non potendosi ritenere che nello stesso articolo il medesimo termine sia usato in due accezioni diverse, con la necessaria conclusione che potendo essere soltanto dello Stato la “legge” in materia di ordinamento giudiziario e processuale, che deve garantire la “precostituzione” del “giudice naturale”, anche la fonte cui si riferisce il comma 2, che proclama il principio di legalità in materia penale, non può

che essere la legge statale, escludendosi così una potestà normativa delle Regioni in questo campo. Conclusione oggi sancita, dopo anni di conforme giurisprudenza della Corte costituzionale (cfr. *infra*, par. 6), dall'esplicita riformulazione (nel 2001) dell'art. 117, in specie comma 2, lettera l), Cost.

Parimenti, l'esclusione di possibili fonti sub-legislative in materia penale, che svilirebbero inaccettabilmente il principio di stretta legalità, configurando una riserva di legge meramente "relativa" (come pur prospettato da autorevole dottrina e non esplicitamente escluso dall'iniziale orientamento della Corte), è ricavata dalla *voluntas legis* sistematicamente espressa dal Costituente in termini di "rottura" rispetto al precedente regime politico autoritario.

Bricola sottolineava soprattutto il fondamento politico istituzionale della garanzia di legalità in termini di riserva assoluta di legge: soltanto all'organo rappresentativo del popolo sovrano, vale a dire al Parlamento, deve essere demandato il monopolio del potere punitivo, e dunque di compiere le scelte essenziali e caratterizzanti circa l'uso della pena, perché soltanto esso assicura la più ampia e trasparente dialettica fra maggioranza e minoranza, dalla quale deve scaturire democraticamente il bilanciamento fra beni e diritti fondamentali che vengono in gioco, con l'individuazione degli

interessi di volta in volta considerati meritevoli di tutela penale mediante la tipizzazione tassativa dei precetti e la determinazione delle relative sanzioni. Di talché al potere esecutivo ed alle fonti sub-legislative ed, in specie, regolamentari può residuare un mero ruolo di completamento tecnico, nell'ambito delle scelte di fondo operate dal legislatore.

Nel precedente regime, viceversa, il carattere relativo e derogabile della riserva di legge aveva consentito i più ampi e prolungati abusi del potere esecutivo, con un ricorso sistematico anche nella durata e sostanzialmente incontrollato del governo alla “delega” legislativa da parte del Parlamento, oltre che al potere di decretazione d'urgenza, cui si collegava la validità intertemporale della norma posta dal potere esecutivo, pur se non convertita od, anzi, semplicemente non “ratificata” dal Parlamento, con un parimenti frequente rinvio a fonti regolamentari e sub-primarie da parte della stessa legge, incensurabile per il carattere non sovraordinato né “rigido” (qual è invece il precetto costituzionale) della fonte che formalmente enunciava il principio di legalità in materia penale: vale a dire l'art. 1 c.p., avente mero valore di legge ordinaria.

Il Costituente ha invece voluto presidiare la garanzia della fonte parlamentare mediante inderogabili limiti e condizioni, anche temporali, di validità della delega legislativa e del potere di

decretazione d'urgenza (artt. 76 e 77 Cost.), tanto che quest'ultima dovrebbe addirittura escludersi in materia penale, al pari di qualsivoglia competenza del potere esecutivo a stabilire incriminazioni e sanzioni di tale natura.

Comportando, infatti, il diritto penale sanzioni incidenti direttamente, se detentive, ovvero indirettamente, se pecuniarie, ma pur sempre “convertibili” in pene restrittive (o comunque limitative) del bene supremo della libertà personale, costituzionalmente proclamato quale primo diritto fondamentale da riconoscere a ciascuno come “inviolabile” *ex* art. 13 comma 1 Cost., la riserva *assoluta* va riferita alla legge in senso formale, come del resto esplicitamente stabilito per ogni forma pur circoscritta o provvisoria di restrizione o limitazione di libertà, con la correlata garanzia giurisdizionale, dai commi 2 e 3 del citato art. 13 (“*nei soli casi e modi previsti dalla legge*”; “*in casi eccezionali...indicati tassativamente dalla legge*”). Ne consegue che è logicamente necessario riconoscere lo stesso carattere assoluto e formale della riserva – oltre che di tassatività del precetto penale - anche quando si tratta di stabilire le incriminazioni e le sanzioni penali “definitive”, cui le predette misure sono strettamente correlate.

4.2. *Il principio di tassatività (o determinatezza) della legge penale ed il divieto di retroattività* - La conclusione sul carattere assoluto della riserva di legge è rafforzata dalla parallela e funzionalmente coordinata esigenza di tassatività (o determinatezza, detta anche “precisione”), che deve avere la fattispecie penale. Questo secondo contenuto del principio di legalità è ricavato da una lettura parimenti sistematica della Costituzione, che pone in relazione l’art. 25, comma 2, non solo con il citato art. 13, in particolare commi 2 e 3, ma anche con gli artt. 24 e 112 Cost. Sviluppando infatti il sopra indicato ragionamento *a-fortiori*, se è garantita la tassatività, oltre che la natura di legge delle fonti su cui si devono basare i provvedimenti che incidono limitatamente o provvisoriamente sulla libertà personale, tanto più devono essere garantite entrambe dette esigenze nella formulazione tecnica delle fattispecie incriminatrici, su cui si fondano le sanzioni penali definitive. La lettura sistematica si estende altresì agli artt. 24, comma 2 e 112 Cost., che prevedono rispettivamente l’inviolabilità del diritto di difesa e l’obbligatorietà dell’azione penale, perché entrambi – per essere effettivi – presuppongono la tassatività della norma incriminatrice, cui soltanto può correlarsi una contestazione precisa dell’accusa ed una situazione vincolante di obbligo per il pubblico ministero.

Infine, il raccordo sistematico tra i tre contenuti garantistici del principio di legalità si chiude con il richiamo all'espresso ed inderogabile *divieto di retroattività* della previsione incriminatrice, stabilito nel medesimo comma 2 dell'art. 25 Cost., che sarebbe svuotato o facilmente aggirabile, se fossero consentite formulazioni legislative non tassative o che rinviassero a fonti sub-legislative e disposizioni regolamentari modificabili nel tempo, a prescindere dall'intervento parlamentare, o comunque permettessero – lasciando troppo ampia libertà al giudice nel momento del giudizio, necessariamente successivo alla commissione del “fatto” di reato - estensioni *ex post* della sfera di punibilità, addirittura in via analogica, non bastando il divieto fissato dall'art. 14 Preleggi, che non può da solo vincolare il legislatore ordinario nella formulazione delle norme penali.

4.3. *Il principio di colpevolezza* - La lettura sistematica dell'art. 27 Cost. ha portato alla “costituzionalizzazione” anche del principio di colpevolezza, grazie all'interpretazione dell'esigenza di “personalità” della responsabilità penale - espressamente enunciata nel comma 1 - non più soltanto quale divieto di responsabilità per fatto altrui (come in un primo momento era stato ipotizzato dallo stesso Bricola, trattando della

responsabilità degli enti collettivi), ma in termini più pregnanti di piena colpevolezza “soggettiva” e, dunque, di rimproverabilità “personale” all’autore del fatto commesso: con un’evidente rottura rispetto al codice Rocco, che non solo conteneva numerose ipotesi di responsabilità oggettiva nella parte speciale (ad es. *ex art. 586 c.p.*, nel caso di morte o di lesione conseguenza di altro delitto; ed in tutte le molteplici ipotesi di reati aggravati dall’evento), ma la prevedeva anche nella parte generale (ad es. negli artt. 57, 59, 116, 117 c.p.), considerandola quale possibile alternativa all’imputazione dell’evento per dolo, colpa o preterintenzione (cfr. art. 42, comma 3 c.p.).

Non avrebbe invece senso stabilire che la pena debba (poter) “*tendere alla rieducazione del condannato*”, come prescrive il comma 3 dello stesso art. 27 Cost., se questi potesse esserlo anche a prescindere (in tutto od in parte) dalla colpevolezza e rimproverabilità “*personale*” per il fatto commesso.

La lettura combinata di questi due commi, da cui discende il rango costituzionale del principio di colpevolezza, si raccorda poi sistematicamente con il principio di legalità ed, in specie, con la necessaria tassatività ed irretroattività dell’incriminazione penale, in quanto dirette a garantire che il destinatario del precetto penale possa previamente conoscerne con ragionevole

certezza il contenuto, per orientare di conseguenza le proprie libere scelte d'azione.

4.4. *Il principio di necessaria offensività del reato* –

Dalla lettura sistematica di molteplici disposizioni della Costituzione, Bricola ha ulteriormente sviluppato il principio di c.d. necessaria offensività del reato, operante, innanzitutto, quale limite posto al legislatore nella selezione e formulazione dei “fatti” di reato da incriminare, che possono essere così qualificati solo se ed in quanto meritevoli e bisognosi di sanzione penale; ed in secondo luogo quale criterio ermeneutico, che il giudice deve utilizzare per restringere la punibilità dei “fatti” che, pur essendo astrattamente riconducibili ad una fattispecie legale, in concreto non risultino offensivi del bene giuridico da essa protetto.

Il principio, sviluppato muovendo dalla c.d. concezione realistica del reato elaborata da Francesco Antolisei, Marcello Gallo e altri esponenti della Scuola torinese (fra cui in particolare Guido Neppi Modona), sulla base di un'interpretazione estensiva della portata dell'art. 49, in specie comma 2, c.p., in tema di non punibilità del reato impossibile per inidoneità dell'azione, è stato da Bricola fondato sulla funzione sussidiaria o di *extrema ratio*, che deve avere il diritto

penale nel tessuto costituzionale, cui è consentito ricorrere solo in assenza di “tecniche alternative” di tutela dei beni giuridici, in quanto strumento che comporta la compressione di altri beni giuridici di rilievo fondamentale per la persona condannata (c.d. spada a doppio taglio, secondo la suggestiva espressione di Franz von Liszt): vale a dire, oltre alla libertà personale (“*inviolabile*” ex art. 13 Cost.), anche la dignità della persona ed il suo riconoscimento e rispetto sociali (rilevanti ex artt. 2 e 3 Cost.), sacrificati dal processo e dalla condanna penale; nonché lo stesso patrimonio, riconducibile alla proprietà privata riconosciuta e garantita dall’art. 42 Cost., come pure la libertà d’iniziativa economica, tutelata dall’art. 41 Cost., e compressa da sanzioni quali quelle pecuniarie, la confisca, le pene accessorie. Conseguentemente, il diritto penale può essere usato dal legislatore ed applicato dal giudice solo quando vi sia una stretta *necessità* di proteggere beni giuridici di rango equivalente o proporzionato a quello dei beni giuridici sacrificati dalla pena. Da questa “rilettura” e fondazione in chiave costituzionale del principio di necessaria offensività del reato consegue, in primo luogo, l’esigenza politico criminale di restringere l’ambito del diritto penale ai soli “fatti” maggiormente offensivi, in conformità al principio di sussidiarietà (od *extrema ratio*), introducendo ampie depenalizzazioni per quelli bagatellari e

preferendo il ricorso a tecniche “alternative” di tutela (a partire dalle sanzioni amministrative e civili, ed oggi agli strumenti della *restorative justice*), se idonee e sufficienti a contrastare specifiche sfere di illegalità. In secondo luogo, occorre circoscrivere lo stesso novero dei beni giuridici “meritevoli” di tutela penale alla stregua della tavola o gerarchia di valori enucleabile dalla Costituzione stessa: solo quelli esplicitamente o, quantomeno, implicitamente od indirettamente riconducibili alle sue previsioni potrebbero divenire oggetto di tutela penale, mentre le relative sanzioni dovrebbero comunque sempre essere strettamente *proporzionate* al rango di detti beni, oltre che alla gravità delle relative offese.

5. *Le più rilevanti ricadute del “costituzionalismo penale” sui contenuti e le categorie dogmatiche della teoria generale del reato* – Prima di analizzare l’impatto, sulla legislazione e sulla giurisprudenza italiane, del “costituzionalismo penale” sviluppato da Franco Bricola e via via condiviso e rielaborato, con diverse accentuazioni e conclusioni, da molti altri illustri penalisti italiani della seconda metà del secolo scorso (a partire da Giorgio Marinucci, Ferrando Mantovani, Federico Stella, Domenico Pulitanò, Mario Romano, fino agli esponenti della generazione accademica successiva

quali Giovanni Fiandaca, Enzo Musco, Francesco Palazzo, ecc.), ne va sottolineata l'incidenza sulle categorie concettuali e sistematiche della "teoria generale" del reato.

In effetti è stato proprio nella stesura, assolutamente originale, della relativa "voce" (pubblicata sul *Novissimo Digesto Italiano* nel 1973 ed oggetto di traduzione e diffusione anche oltre confine), che Franco Bricola ha ripercorso sistematicamente l'insieme dei principi ricavabili dalla Costituzione, rilevanti per il diritto penale, delineandone il nuovo "volto".

Di fondamentale importanza è al riguardo lo sviluppo della teoria del *bene giuridico*, risalente alla tradizione liberale, ma riletta in chiave costituzionale, per darle consistenza ed afferrabilità alla stregua delle indicazioni esplicitamente o quantomeno implicitamente od indirettamente ricavabili dalla stessa Carta.

Il bene giuridico è divenuto *positivamente* la pietra angolare della costruzione del reato, in quanto questo deve avere la consistenza di un "fatto" (ex art. 25, comma 2 Cost.) materialmente "offensivo" - in termini di danno o, quantomeno, di pericolo concreto - dell'interesse o degli interessi meritevoli di tutela penale, che devono dunque essere dotati di una materialità ed "afferrabilità" concreta nei rapporti sociali, così da poter essere conosciuti o riconoscibili anche da parte del reo,

restando invece esclusa la punibilità della mera “disobbedienza” a precetti formali od artificiosamente creati.

Ed anche altre categorie del diritto penale sono state di conseguenza riviste alla stregua delle esigenze garantiste della Costituzione, a partire dalla nozione di *tipicità* del reato, che non solo deve fondarsi su una chiara fonte legale avente formulazione tassativa, che abbracci tutti i suoi elementi costitutivi, ma deve altresì connotarsi per una riconoscibile dimensione oggettiva e materiale, imperniandosi su una condotta, attiva od omissiva, che non si riduca a mere espressioni di pensiero, violazioni solo formali, ovvero intenzioni, atteggiamenti interiori o modi di vita soggettivi, irrilevanti nei rapporti sociali e non costituenti comunque alcuna effettiva violazione di interessi altrui o della collettività.

A sua volta l'*evento*, quando previsto, è da intendere in termini rigorosamente naturalistici ed oggettivi.

Sul punto è da condividere l'elaborazione del compianto Federico Stella, che ne ha valorizzato il ruolo, ancorandone la “descrizione” ad una realtà esterna, quale conseguenza materiale dell'azione dell'uomo, accertabile scientificamente nella sua essenziale correlazione causale con questa: dunque ben distante dalla nozione spiritualizzata di evento in senso “giuridico”, consistente invece nella violazione dell'astratto interesse

statuale al rispetto dell'imperativo normativo, proposta da Arturo Rocco e facilmente manipolabile od adattabile alla struttura di qualsivoglia reato, anche di mera disobbedienza. Partecipando alla "tipicità del fatto", il nesso di causalità diviene un ulteriore elemento essenziale accanto all'evento, e parimenti richiede una "definizione" basata su parametri e criteri di accertamento *ex ante*, da rinvenire nelle leggi scientifiche c.d. "di copertura" o quantomeno nelle leggi empirico-statistiche capaci di stabilire una ripetibile correlazione, con un alto grado di probabilità o, meglio, di credibilità razionale, fra gli antecedenti concreti ed il tipo di evento verificatosi.

Un altro fondamentale punto d'impatto dei principi costituzionali sulle categorie della parte generale del diritto penale è stato l'ambito della *colpevolezza*, la cui estensione ha comportato l'esclusione di ogni istituto e profilo, seppur mascherato, di responsabilità oggettiva nella struttura del reato e nelle sue forme di manifestazione: a partire dal concorso di persone, con riferimento soprattutto ai requisiti d'imputazione ai partecipi del reato "diverso da quello voluto" (*ex art. 116 c.p.*), per finire con le numerose ipotesi di reati aggravati dall'evento, che devono rileggersi piuttosto quali figure di dolo misto a colpa, in coerenza con il novellato regime d'imputazione delle circostanze aggravanti (*ex art. 59, comma 1 c.p.*, su cui tornerò

nel successivo paragrafo), per le quali deve parimenti richiedersi un requisito di colpevolezza personale, seppur meno intenso del dolo, quale può essere quello della “prevedibilità” o “conoscibilità” della - pur non direttamente voluta - conseguenza del proprio comportamento.

Più in generale, va privilegiata la concezione “normativa” della colpevolezza, arricchita - rispetto al suo contenuto naturalistico di semplice nesso psichico fra l’agente ed il fatto di reato - da ulteriori elementi, su cui deve fondarsi il “rimprovero giuridico” necessario a giustificare (e commisurare) l’applicazione della pena: innanzitutto l’imputabilità del reo, quale sua capacità d’intendere e di volere, vale a dire di autodeterminarsi, artificiosamente scissa nel codice Rocco dai requisiti d’imputazione soggettiva del fatto di reato, per il prevalere di esigenze di difesa sociale nei confronti di autori comunque considerati “pericolosi”, talvolta sulla base di inaccettabili presunzioni, spazzate via (invero solo recentemente in termini definitivi) dalla Corte costituzionale; in secondo luogo dovendosi considerare la possibile esistenza di situazioni “scusanti”, che rendano in concreto “inesigibili” scelte o comportamenti alternativi leciti; infine dandosi rilievo all’eventuale ignoranza od errore “inevitabili” sul precetto penale, che determinano un analogo esito di esclusione della

colpevolezza (ad es. stante la natura “artificiale” del precetto penale violato e l’impossibilità di adempiere all’obbligo di informarsi sulla sua esistenza, da parte del destinatario).

La valorizzazione della concezione normativa della colpevolezza, imperniata su una concreta rimproverabilità individuale, come impone il raccordo con il tessuto “personalistico” della Costituzione, impone di considerarla anche fra i parametri di determinazione edittale e di commisurazione giudiziale della pena, che deve trovare in essa un criterio graduabile di proporzione ed, insieme, un limite massimo invalicabile.

6. *L’impatto del “costituzionalismo penale” sulla giurisprudenza e sulla legislazione italiane* – L’impatto del “costituzionalismo penale” sull’ordinamento positivo italiano è facilmente verificabile scorrendo la giurisprudenza della Corte costituzionale e quella di legittimità, oltre che di merito. Molto meno invece esso ha inciso sull’opera del legislatore, che ha posto mano solo a circoscritte e frammentate novelle legislative, succedutesi nel tempo senza un disegno sistematico e coerente, in ogni caso mancando l’ancora attesa riforma organica del codice penale.

Fin dalla sua entrata in funzione, la Corte ha interpretato in chiave di *riserva di legge* “tendenzialmente” assoluta quella stabilita dall’art. 25, comma 2 Cost., richiedendo che sia il Parlamento con legge in senso formale a stabilire “*con sufficiente determinazione*” il contenuto del precetto e della sanzione penale (Corte cost. n. 36/1964), in ogni caso escludendo qualsiasi competenza penale delle Regioni ad intervenire (Corte cost. n. 21/1957; n. 487/1989), neppure con norme di favore od interpretative (Corte cost. n. 58/1959; n. 194/1993).

Incisivo è stato poi il controllo sul rispetto dei principi direttivi e sui limiti della delega legislativa nonché, di fronte al reiterato abuso della decretazione d’urgenza anche in materia penale, di per sé però non esclusa, sul rispetto dei presupposti di emanazione e di conversione dei decreti legge (Corte cost. n. 360/1996). Emblematica appare al riguardo la sentenza n. 51 del 1985, interpretativa “di accoglimento” circa la portata dell’ultimo comma dell’art. 2 c.p. che regola la successione di decreti legge non convertiti contenenti norme di favore: la Corte ha stabilito che – fermo il superiore divieto d’irretroattività delle norme incriminatrici o aggravatrici della responsabilità penale, fondato sull’art. 25, comma 2 Cost., che deve comunque valere, a garanzia della persona destinataria del precetto, per i “fatti

concomitanti” commessi nel periodo di (apparente) vigore del decreto legge poi decaduto – negli altri casi deve viceversa prevalere l’esigenza costituzionale di decadenza *ex tunc* (ex art. 77, comma 3 Cost.) anche delle norme di favore, se contenute in decreti legge non convertiti, a salvaguardia del monopolio parlamentare sulla materia penale, che non può tollerare la creazione di aree di impunità o privilegio, ad opera del potere esecutivo.

Inoltre è stata riconosciuta la costituzionalizzazione del *principio di tassatività* (o determinatezza) della legge penale, quale contenuto imprescindibile del principio di legalità: ma in rarissimi casi è stata dichiarata incostituzionale una norma penale per la sua violazione (Corte Cost. n. 177 del 1980 e n. 96 del 1981), cercando più frequentemente la Corte di trovare un’interpretazione – possibilmente, ma non necessariamente, alla stregua del “diritto vivente” ricavabile dalla giurisprudenza – che consenta di dare un contenuto “sufficientemente determinato” a fattispecie che *prima facie* sembrerebbero non possederlo (ad es. sul concetto di “osceno” ex art. 528 c.p., cfr. Corte Cost. n. 171 del 1974).

Parallelamente, in molte fattispecie criminose, sospette d’incostituzionalità, l’affermazione - divenuta esplicita e frequente - del rango costituzionale del *principio di offensività*

ne ha determinato una “rilettura” conforme a Costituzione, in chiave di “concreto pericolo” per gli interessi protetti, che nel contempo ha conferito ad esse maggior determinatezza.

Al riguardo significative sono state, nel campo dei c.d. reati di opinione, le interpretazioni fornite dalla Corte a proposito dei delitti di istigazione a delinquere ed apologia di delitto (di cui all’art. 414 c.p.), nonché di istigazione a disobbedire alle leggi (di cui all’art. 415 c.p.), contenute nelle sentenze rispettivamente interpretativa di rigetto n. 65 del 1970 e di parziale accoglimento n. 108 del 1974, che hanno la prima presupposto e la seconda “inserito” un requisito di “concreta idoneità” a provocare la commissione di delitti ovvero di modalità “pericolose” per la pubblica tranquillità.

Ma molte altre sentenze possono annoverarsi in questo gruppo, ad es. con riguardo ai delitti in materia di detenzione di armi ed esplosivi (Corte cost., n. 62/1986), mentre in altri casi (come in materia di stupefacenti: cfr. Corte cost., n. 333/1991) è stata ammessa la costituzionalità di fattispecie di pericolo presunto, se la tipizzazione è razionalmente basata sull’*id quod plerumque accidit*.

Particolarmente significativa è soprattutto la giurisprudenza costituzionale in materia di *colpevolezza*.

Invero, già con una timida sentenza del 1965 la Corte aveva fornito un'interpretazione che escludeva la responsabilità meramente oggettiva del partecipe, che avesse voluto un reato "diverso" da quello commesso dagli altri concorrenti, presupponendo un requisito di "prevedibilità" (Corte cost., n. 42/1975), invero non menzionato nel testo dell'art. 116 c.p. che disciplina detto istituto.

Ben più importante è stata però la "storica" sentenza interpretativa n. 364 del 1988, con cui – dichiarando la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 5 c.p. che stabilisce l'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale, per affermarne invece l'effetto scusante, se "inevitabile" – la Corte ha operato una sistematica ricognizione del fondamento costituzionale del principio di colpevolezza, accogliendolo nell'accezione "normativa" sopra esaminata e ponendolo alla base del sistema penale "costituzionale" accanto al principio di stretta legalità.

La medesima giurisprudenza costituzionale ha poi via via applicato ad altre ipotesi la portata del principio di colpevolezza, a partire dalla sentenza di poco successiva (n. 1085 del 1998) relativa all'art. 626, comma 1, n. 2 c.p., che punisce il c.d. furto d'uso, nella quale la Corte ha statuito che anche in caso di mancata restituzione immediata, dopo l'uso, della cosa sottratta, dovuta a caso fortuito o forza maggiore, deve applicarsi la

disciplina di favore prevista da detta disposizione, in luogo di quella più severa del furto comune (*ex art. 624 c.p.*), per non addossare al reo conseguenze penali più gravi rispetto a quelle che trovano fondamento nella sua colpevolezza. Altre pronunce hanno peraltro segnato qualche arretramento, come ad es. in materia di frode fiscale, quanto al requisito dell’“alterazione rilevante”, che è stata qualificata come condizione obiettiva di punibilità, dunque estranea al dolo ed alla colpevolezza (Corte cost. n. 247/1989). Mentre nel caso del disposto originario dell’art. 609-*sexies* c.p., secondo cui il colpevole non poteva “invocare a propria scusa l’ignoranza dell’età della persona offesa” (minore vittima di delitti sessuali), la Corte non ne ha dichiarato l’illegittimità costituzionale, ma ha ritenuto implicito il requisito della sua “conoscibilità” (Corte cost. n. 322/2007), poi effettivamente previsto dalla legge 1° ottobre 2012, n. 172, di ratifica ed attuazione della Convenzione di Lanzarote contro gli abusi sessuali sui minori, che ha aggiunto la locuzione “salvo che si tratti di ignoranza inevitabile” (in sintonia con il nuovo art. 602-*quater* c.p., introdotto dalla medesima legge con riferimento ai delitti di riduzione in schiavitù, prostituzione minorile, pornografia minorile ed altri delitti contro la personalità individuale di minori).

In definitiva, se è evidente nello sviluppo – pur non sempre lineare - delle sentenze della Corte costituzionale italiana, cui si sono sostanzialmente allineate la giurisprudenza di legittimità e di merito, il forte impatto del “costituzionalismo penale” sull’ordinamento vivente, resta invece inadempito l’impegno ad una riforma organica del codice penale da parte del legislatore, che si è limitato in tutti questi anni ad emanare una pluralità di singole novelle, in ambiti disparati del codice e della legislazione penale complementare (come ad es. è accaduto con la encomiabile legge di depenalizzazione 24 novembre 1981, n. 689, che ha nel contempo codificato l’illecito amministrativo “punitivo”), ovvero ad un frammentario, benché meritevole sforzo di adeguamento a taluni principi enunciati dalla Corte costituzionale, come ad es. è avvenuto con la legge 7 febbraio 1990, n. 19, in materia d’imputazione delle circostanze aggravanti, di cui è stata superata l’attribuibilità a titolo meramente “oggettivo”, stabilita dall’originaria formulazione dell’art. 59, comma 1 c.p. e, nel caso di concorso di persone, dall’art. 118 c.p., coerentemente novellati.

Vi è stato invero un succedersi di lavori preparatori per la riforma del codice penale, specie da parte di numerose Commissioni istituite negli anni da diversi Ministri della Giustizia, cui hanno partecipato illustri professori di diritto

penale, redigendo progetti, testi di articolati, direttive, con riferimento sia alla parte generale, che talora anche alla parte speciale, come nel caso di quella, che va qui menzionata, presieduta da Antonio Pagliaro e nominata dal Ministro Giuliano Vassalli, di cui era componente anche Franco Bricola: ma non si è mai giunti, per ragioni politico parlamentari, neppure all'esame del relativo testo da parte delle Camere.

Le ragioni della mancata riforma del codice sono da ravvisare soprattutto nello scarso peso che la classe politica italiana ha attribuito a tale esigenza ed al sostanziale disconoscimento dell'apporto della dottrina penalistica, cui è stata preferita, in più occasioni, la politica cosiddetta "dei due corridoi": mentre le Commissioni di riforma erano impegnate nei lavori per la redazione del progetto di nuovo codice, tentando di adeguarlo ai principi costituzionali ed alle mutate esigenze di tutela emerse nella società italiana, la maggioranza governativa del momento elaborava, tramite gli uffici legislativi del Ministero, disegni di legge parziali, incidenti su singoli settori dell'ordinamento penale ed anche dello stesso codice, portati rapidamente all'approvazione parlamentare, benché addirittura in contrasto, o comunque estranei, rispetto alle indicazioni provenienti dai lavori delle predette Commissioni di riforma, i cui risultati sono rimasti pressoché ignorati. Emblematico è al riguardo il caso

della c.d. riforma dei “reati di opinione” di cui alla legge 24 febbraio 2006, n. 85, che ha novellato, fra svariati interventi, anche una parte dei delitti contro la personalità dello Stato, in termini divergenti rispetto a quelli proposti dal progetto di riforma del codice penale nel frattempo elaborato dalla Commissione presieduta dal dr. Nordio.

In definitiva può dirsi che, nonostante l’incisiva influenza sulla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, l’impatto del “formante dottrinale” in Italia è stato ed è senz’altro molto meno rilevante sul piano legislativo e politico, in cui sembra anzi perdere tendenzialmente peso, rispetto a quello che ha in altri Paesi e che ha avuto anche nel nostro, in differenti periodi storici.

7. *Conclusioni* - Le prospettive del ruolo e della rilevanza del “formante dottrinale” nel futuro del diritto penale italiano, nonostante la sconcertante constatazione della scarsissima considerazione ricevuta negli ultimi decenni da parte della classe politica e, dunque, del legislatore, non sono però da sminuire, specie se ci si colloca nella nuova dimensione sovranazionale ed europea, che necessariamente permea anche questo ramo dell’ordinamento giuridico.

Preminenti fattori esterni sembrano convergere nel ridefinire ed accrescere il ruolo della dottrina penale nell'attuale millennio. Innanzitutto, la riforma portata dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009, che ha attribuito competenze penali esplicite all'Unione europea, concorrenti con quelle statali, in specie con gli artt. 83, 86 e 325 del Trattato sul funzionamento dell'Unione, per contrastare sfere di criminalità grave e transnazionale, dare supporto sanzionatorio alle politiche dell'Unione in settori già oggetto di misure d'armonizzazione e tutelare penalmente gli interessi finanziari europei contro la frode ed i reati connessi, anche mediante l'istituzione di un Pubblico ministero europeo, individua settori cruciali di intervento, che richiedono attente analisi ed adeguate conoscenze per poter operare scelte consapevoli ed avvedute, dando ingresso al necessario processo d'armonizzazione sovranazionale, ma nel contempo salvaguardando le garanzie ed i diritti fondamentali della persona, come impone il "volto costituzionale" del sistema penale. Essenziale è per questo l'apporto della dottrina, da tempo abituata al metodo della comparazione giuridica ed al confronto con il "pluralismo delle fonti" (non a caso oggetto dell'incontro seminariale del precedente anno, nell'ambito della nostra Scuola di Dottorato).

Un approccio garantista che deve considerare anche il “sistema” del Consiglio d’Europa e la pluralità di strumenti convenzionali via via adottati per contrastare le più gravi e moderne forme di criminalità (dalla prevenzione del terrorismo internazionale ai *Cybercrime*, dagli abusi sessuali sui minori fino alla tratta di esseri umani, alla corruzione internazionale, al traffico di stupefacenti, ecc.), con frequente corrispondenza o complementarità rispetto agli analoghi interventi, oltre che dell’Unione europea, anche delle Nazioni unite (ad es. contro la criminalità organizzata transnazionale, la tratta di persone, i traffici illeciti di varia natura, a partire da quello degli stupefacenti, la corruzione internazionale, gli attentati terroristici, ecc.).

Soprattutto è crescente il ruolo assunto dalla Corte europea dei diritti dell’uomo di Strasburgo, che interpretando e definendo la portata dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione europea del 1950, fissa anche precetti vincolanti per gli Stati parte, diretti a por fine a violazioni che richiedano interventi di sistema, definendo i contorni degli obblighi di protezione penale gravanti su di essi e chiarendo le condizioni ed i limiti di applicazione delle sanzioni penali, compresa, talora, la loro tipologia ed entità. Anche per questi aspetti, e specie di fronte all’ampio “dialogo fra le Corti” che si apre, investendo altresì la

materia penale, la funzione della dottrina appare essenziale, soprattutto nell'individuare i modi ed i limiti dell'adeguamento dell'ordinamento penale interno al complesso sistema di diritto e di giurisdizioni sovranazionali.

Non ultima, la creazione della Corte penale internazionale, nel cui Statuto approvato a Roma nel 1998 sono previste specifiche tipologie di crimini internazionali (quali il genocidio, i crimini di guerra, i crimini contro l'umanità, il crimine di aggressione), comporta ulteriori obblighi di armonizzazione e soprattutto di cooperazione internazionale, che devono bilanciarsi con le "garanzie" ed i principi generali del diritto penale. Il loro specifico radicamento nelle Carte costituzionali e negli ordinamenti nazionali contribuisce dunque all'esigenza di costante confronto ed elaborazione, sia teorica che giurisprudenziale, in una nuova prospettiva di interazione sovranazionale fra dottrina e attività delle diverse Corti.

La novella della Costituzione italiana intervenuta con la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, ha del resto imposto espressamente al legislatore nazionale (ed indirettamente alla giurisprudenza interna) il rispetto dei "*vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*" (nuovo art. 117, comma 1, Cost.). Per cui le predette fonti normative e giurisprudenziali filtrano rapidamente (anche) nel

settore penale, del quale devono ormai considerarsi parte integrante, seppur con tecniche e modalità diverse, che vanno dall'efficacia diretta, fondata sulla primazia del diritto dell'Unione europea, alla necessità di trasposizione ed eventualmente di formulazione di apposita questione incidentale di incostituzionalità, per violazione della norma sovranazionale "interposta" fra la Costituzione e la legge nazionale ordinaria (come precisato dalla nostra Corte costituzionale con riferimento all'operatività della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel nostro sistema delle fonti : cfr. le c.d. sentenze gemelle n. 347 e n. 348/2007), fino all'obbligo d'"interpretazione conforme" che vincola ogni giudice nazionale.

Il "formante dottrinale", da tempo proiettato in questa dimensione sovranazionale, trova dunque un rinnovato spazio di azione, che non sembra meno ricco di compiti ed obiettivi, per incidere efficacemente sul "volto" attuale del diritto penale, rispetto a quello che ha caratterizzato la feconda stagione del "costituzionalismo penale".

*Il contributo dottrinale
all'evoluzione interpretativa dell'art. 27, 1° comma
della Costituzione*

di

Lisa Castellani

L'interpretazione offerta dalla dottrina penalistica italiana a far data dagli inizi degli anni 60 del carattere della personalità della responsabilità penale è stata essenziale per una rilettura giurisprudenziale del sistema penale conforme al programma costituzionale, con particolare riferimento al principio di colpevolezza.

L'aggettivo "personale", nel linguaggio tecnico giuridico, indica il rapporto di connessione tra il soggetto ed un determinato oggetto. Responsabilità penale personale significa pertanto in primo luogo «una responsabilità legata indissolubilmente ad una persona: e, più precisamente, a quella persona che costituisce l'elemento soggettivo della fattispecie

che l'ordinamento giuridico considera fonte di conseguenze penali»³.

In relazione al significato della formula contenuta nell'art. 27, 1° comma, Cost. in dottrina si sono sviluppati diversi orientamenti⁴. In quanto “principio” essa presenta le ambiguità tipiche della categoria⁵ ed inoltre, né la lettera della disposizione né l'esame dei lavori preparatori offrono all'interprete una soluzione univoca⁶.

3 Cfr. NUVOLONE P., *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano, 1953, p. 32. L'antesignano Maestro, a pochi anni dall'entrata in vigore della Carta Costituzionale, già si interrogava circa l'effettiva portata dell'art. 27.

4 Sul significato dell'art. 27, 1° comma, Cost., si consideri ALESSANDRI A., *Art. 27*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1991, p.1; BRICOLA F., voce *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1973, p. 51 ss.; FIORELLA A., voce *Responsabilità penale*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1988, p. 1289.

5 In riferimento al concetto di “principio” ed alla distinzione rispetto al concetto di “norma” cfr. FIANDACA G. – DI CHIARA G., *Introduzione al sistema penale per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, p. 6 ss. L'autore definisce i principi come norme *sui generis*; le note distintive più significative tra i principi e le norme o regole giuridiche in senso stretto riguardano la portata, avendo i primi «portata – regolativa, orientativa o programmatica – tendenzialmente generale e contenuto relativamente indeterminato» nonché l'applicazione, dato che mentre «le norme in senso stretto sono applicabili nella forma del “o tutto o niente” [...] i principi esulano dalla logica della contrapposizione antinomica ed ammettono, invece, applicazioni parziali o gradualità nella forma del “più o meno”: per cui, nel caso di reciproco conflitto, essi possono essere contemporaneamente applicati in base al peso rispettivo secondo la teoria del bilanciamento».

6 In riferimento al fatto che i lavori preparatori non offrono un “aiuto reale” per l'interpretazione della norma in esame cfr. GROSSO C. F., voce *Responsabilità penale*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1968, p. 712 ss.

Secondo la cosiddetta teoria oggettiva, alla locuzione “responsabilità penale personale” si dovrebbe attribuire l’accezione minima di responsabilità penale per fatto proprio. La finalità della disposizione in esame sarebbe pertanto quella di impedire forme di responsabilità per fatto altrui, ovvero forme di responsabilità nelle quali il soggetto non ha posto in essere alcuna condotta, nonché di impedire sanzioni collettive. Alla base di tale ricostruzione la certezza che nella mente del Legislatore, al momento della stesura della norma, fossero ben vive le immagini delle pene collettive dell’ultimo conflitto mondiale⁷. Il carattere “proprio” del fatto sarebbe quindi integrato dal nesso di causalità materiale che lega la condotta del soggetto agente all’evento: è sufficiente cioè che il soggetto realizzi il substrato materiale della fattispecie⁸.

Nella sua accezione più ampia il principio viene interpretato, invece, come divieto di responsabilità se non per

⁷ In merito a tal punto cfr. in senso critico ALESSANDRI A., *Art. 27*, cit., p. 57 ss., secondo il quale l’accostamento delle pene collettive al problema della responsabilità penale è frutto «di un insidioso equivoco». Il divieto di rappresaglie, contemplato nel diritto internazionale, andrebbe riferito semmai agli artt. 10 e 11 Cost. e, come per le sanzioni collettive patrimoniali, la base sarebbe da rintracciarsi «nei valori primordiali del consorzio civile, tra i quali, in particolare, il diritto inviolabile al riconoscimento ed alla salvaguardia della dignità dell’uomo».

⁸ Cfr. NUVOLONE P., *Le leggi penali e la Costituzione*, cit., p. 33; VASSALLI G., *Sulla legittimità costituzionale della responsabilità penale obbiettiva per fatto proprio, e leggi penali e la Costituzione*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, Milano, 1957, p. 1005.

fatto proprio colpevole. Per aversi responsabilità personale, oltre al legame eziologico, sarebbe necessaria la valorizzazione della riferibilità psicologica del fatto commesso al soggetto, tale da far apparire il reato come frutto di una scelta volontaria (dolo) o comunque di un comportamento evitabile (colpa).

In effetti l'analisi delle altre disposizioni che, direttamente o indirettamente, determinano il volto costituzionale del sistema penale, induce a ritenere pienamente fondata l'opinione ora accennata.

In primo luogo, il 3° comma dell'art. 27 Cost., attribuendo funzione rieducativa alla pena, oltre a precludere già di per sé la possibilità di colpire un soggetto diverso dall'autore del reato, richiede una certa compenetrazione psicologica tra fatto e persona: «Solo là, infatti, dove l'agente si sia dimostrato ostile o indifferente ai valori della convivenza –tenendo una condotta che, per intrinseca pericolosità o perché riconoscibilmente proibita, poteva e doveva apparirgli asociale, illecita– solo allora il ristabilimento repressivo dei valori sociali dispreziati ed un'opera rieducativa (ammonitrice) sul reo avrebbero senso»⁹. I sostenitori di tale ricostruzione affermano inoltre che, aderendo alla lettura minimalistica dell'art. 27 Cost.,

⁹ Cfr. PULITANÒ D., voce *Ignoranza*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1970, p. 36 ss.

si svuoterebbe di significato la disposizione di cui all'art. 25, 2° comma, Cost., la quale, prevedendo che nessuno può essere punito se non per un fatto *commesso*, già richiede necessariamente la sussistenza del nesso causale, altrimenti lo stesso fatto verrebbe meno¹⁰.

Avvalorano la tesi della responsabilità penale per fatto proprio colpevole anche le direttive di cui agli artt. 2 e 3 cpv, Cost. Per garantire il libero sviluppo della persona umana ed il principio di certezza, la pena, infatti, non può prescindere da comportamenti umani colpevoli¹¹. La Costituzione repubblicana nel suo complesso, ponendo al vertice della scala dei valori l'uomo, rende inammissibile la strumentalizzazione del reo. L'uomo "è fine in sé" pertanto il principio di personalità della pena comporta non solo il divieto di responsabilità per fatto altrui, ma anche l'illegittimità di sanzioni totalmente finalizzate alla general-prevenzione e determinate nel quantum sulla base di elementi non ancorati alla condotta o personalità del soggetto¹². Proprio in virtù dei principi fondamentali di cui agli artt. 2 e 3 della Costituzione, i "fulmini" della legge penale non possono colpire «chi in ragionevole buona fede abbia ritenuto di agire (di

¹⁰ Cfr. ALESSANDRI A., *Art. 27*, cit., p. 73.

¹¹ Cfr. BRICOLA F., voce *Teoria generale del reato*, cit., p. 51.

¹² Cfr. BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, p. 353.

estrinsecare la sua personalità) nei limiti del suo apparente diritto»¹³. Tutelare il libero sviluppo della persona, infatti, impone che contenuto e limiti della libertà, i confini fra il lecito e l'illecito, siano chiaramente segnati e anche soggettivamente riconoscibili. Lo stesso art. 25 Cost., esplicitando l'esigenza di tassatività ed irretroattività della legge penale, è finalizzato a garantirne la possibilità di conoscenza affinché il cittadino abbia un orientamento certo nell'uso della propria libertà personale¹⁴.

Alla base di tali affermazioni ritroviamo una concezione di stampo liberal-contrattualistica dei doveri costituzionali gravanti rispettivamente sullo Stato e sul cittadino, dalla quale discende necessariamente che l'applicazione della sanzione penale non può essere sganciata dalla colpevolezza, né quindi essere giustificata ove l'ignoranza o l'errore della legge penale siano inevitabili. Sembra pertanto doversi aderire alla parte della dottrina, la quale sostiene la sostanziale coincidenza tra l'imputazione ad un soggetto di un fatto altrui e quella di un evento che, ancorché frutto della sua condotta, si ponga al di fuori dei confini del dolo e della colpa: l'accadimento, anche in

¹³ Cfr. PULITANÒ D., voce *Ignoranza*, cit., p. 36 ss.

¹⁴ Cfr. PULITANÒ D., *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, p. 457.

questo secondo caso, non essendo controllato dal soggetto né a lui rimproverabile, non può dirsi come “suo personale”¹⁵.

In una prima fase storica la “rimproverabilità”, presupposto necessario per la rieducazione e per la personalità della pena, coincise con la sussistenza della colpa o del dolo (cd. concezione psicologica della colpevolezza). Già dagli inizi del Novecento però tale ricostruzione venne criticata dal punto di vista dogmatico per la sua incapacità di ricomprendere in un concetto unitario superiore il dolo e la colpa e, dal punto di vista funzionale, per il fatto di non consentire una graduazione della colpevolezza. Per superare tali aporie è stata elaborata una nuova concezione di colpevolezza cd. normativa: il rimprovero non è “per la volontà di ciò che non doveva essere” ma “per una volontà che non doveva essere”, una volontà contraria alle aspettative del diritto¹⁶. La colpevolezza risulta pertanto un’entità complessa, che include l’insieme dei criteri dai quali dipende la possibilità di muovere all’agente un rimprovero giuridico per la commissione di un fatto conforme al tipo legale e non scriminato, quali l’imputabilità, il dolo o la colpa, la conoscenza o la conoscibilità della norma penale violata, la normalità del processo motivazionale.

¹⁵ Cfr. GROSSO C. F., voce *Responsabilità penale*, cit., p. 713.

¹⁶ Cfr. FIANDACA G. – DI CHIARA G., *Introduzione al sistema penale per una lettura costituzionalmente orientata*, cit., p. 159 ss.

Per concludere, quindi, secondo parte della dottrina, la formula *nulla poena sine culpa* espressa dal principio di personalità della pena, non si esaurisce nell'accertamento del legame psicologico tra fatto ed autore, ma, alla luce dell'evoluzione della nozione di colpevolezza, richiede la rimproverabilità dell'atteggiamento psicologico nonché l'adeguamento della sanzione alla gravità del fatto e alla personalità del reo¹⁷.

Recependo i frutti preparati dalla riflessione dottrinale¹⁸, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 364 del 23.03.1988¹⁹,

¹⁷ Cfr. BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 354.

¹⁸ Cfr. PALAZZO F. C., *Il problema dell'ignoranza della legge penale nelle prospettive di riforma*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1975, p. 777. In modo particolare l'autore sostiene che «l'applicazione della pena a chi non conosce la legge o a chi neppure è in grado di conoscerla subordina e strumentalizza il valore della persona in sé al valore assolutistico e "statolatratico" della restaurazione dell'ordine giuridico violato o, al più, alla tutela obbiettiva – mediante intimidazione generale dei consociati – dei valori protetti dalla legge. La persona del reo, dunque, non costituisce più lo scopo, il fine della pena e del diritto penale, ma solo lo strumento, il mezzo col quale l'ordinamento realizza se stesso. In questa prospettiva, la responsabilità penale non ha più – per così dire – una dimensione sostanzialmente personale. L'art. 5 c.p., sotto questo primo profilo, dunque, rispecchia chiaramente un ordine di valori che è stato capovolto dalla Costituzione repubblicana, la quale ha posto al vertice della scala dei valori la persona umana con la dignità che la contraddistingue di "fine in sé": la sua incostituzionalità discende, perciò, prima ed oltre che dalla specifica violazione di norme costituzionali, dal contrasto con gli stessi principi informatori della carta fondamentale».

¹⁹ In riferimento alla sent. n. 364 del 1988, con cui la Corte interviene sull'art. 5 c.p., concernente il principio *ignorantia legis non excusat*, dichiarandone l'illegittimità nella parte in cui non esclude dalla inescusabilità

per la prima volta ha dichiarato l'illegittimità di una norma, l'art. 5 c.p.²⁰, proprio per contrasto con il carattere della personalità della responsabilità penale esplicitamente concepito come contenente il principio di colpevolezza. Secondo l'impostazione seguita dalla dottrina sopra descritta, la lettura dell'art. 27, 1° comma, Cost. viene collocata nel complesso dei principi di rilievo costituzionale: il suo significato, cioè, è determinato avendo particolare riguardo ai rapporti con il terzo comma dello stesso articolo e con gli artt. 2, 3, 25, secondo

dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile, v. ex multis PALAZZO F. C., *Ignorantia legis: vecchi limiti ed orizzonti nuovi della colpevolezza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1988, p. 920; PULITANÒ D., *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1988, p. 686; PATRONO P., *Problematiche attuali dell'errore nel diritto penale dell'economia*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1988, p. 87, il quale in senso critico afferma che la Corte Costituzionale con tale sentenza «– al di là di alcuni notevoli, indubbiamente importanti affermazioni di principio – ha detto troppo o troppo poco. Ha detto troppo con la pretesa riformulazione dell'art. 5 c.p. [...] ha detto troppo poco nel suo non dichiarare in toto l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 c.p. [...] Ed ha detto troppo poco relativamente alla responsabilità oggettiva: ritenuta la costituzionalizzazione del principio di colpevolezza non ci si può poi trincerare dietro affermazioni quale quella secondo cui “va, di volta in volta, a proposito delle diverse ipotesi criminose, stabilito quali sono gli elementi più significativi della fattispecie che non possono non essere coperti almeno dalla colpa dell'agente” [...] l'affermata costituzionalizzazione del principio di colpevolezza, desunta da una lettura congiunta del 1° e 3° comma dell'art. 27 Cost., non serve poi alla Corte per dedurne quello che dovrebbe essere il più importante effetto: l'incostituzionalità della responsabilità oggettiva».

²⁰ In riferimento all'art. 5 c.p. cfr. ROMANO M., *Commentario sistematico del Codice penale*, Milano, 1995.

comma, 73, terzo comma, Cost. E' quindi l'interpretazione sistematica dell'art. 27 Cost. che ne svela l'ampia portata.

Nella pronuncia in esame viene inoltre valorizzata quella ricostruzione di stampo liberal-contrattualistica dei rapporti Stato-cittadino conforme alle già indicate posizioni della dottrina più sensibile. In modo particolare la Suprema Corte riconosce che l'obbligo statale di introdurre norme penali «non numerose, eccessive rispetto ai fini di tutela, chiaramente formulate, dirette alla tutela di valori almeno di <rilievo costituzionale> e tali da esser percepite anche in funzione di norme <extrapenali>, di civiltà, effettivamente vigenti nell'ambiente sociale nel quale le norme penali sono destinate ad operare» è speculare all'obbligo dei cittadini di adempire ai precetti nonché a «strumentali, specifici doveri d'informazione e conoscenza»²¹. Pertanto l'applicazione della sanzione penale non può essere giustificata ove l'ignoranza o l'errore della legge penale siano inevitabili: «far sorgere l'obbligo giuridico di non commettere il fatto penalmente sanzionato senza alcun riferimento alla consapevolezza dell'agente, considerare violato lo stesso obbligo senza dare alcun rilievo alla conoscenza od ignoranza della legge penale e dell'illiceità del fatto, sottoporre

²¹ Cfr. Corte Costituzionale, sent. n. 364/1988, Considerato in diritto, 17-18.

il soggetto agente alla sanzione più grave senza alcuna prova della sua consapevole ribellione od indifferenza all'ordinamento tutto, equivale a scardinare fondamentali garanzie che lo Stato democratico offre al cittadino ed a strumentalizzare la persona umana, facendola retrocedere dalla posizione prioritaria che essa occupa e deve occupare nella scala dei valori costituzionalmente tutelati»²².

La Corte pone in primo piano la funzione di limite, di garanzia delle libere scelte d'azione che ha il principio di colpevolezza. Esso, in tal modo, costituisce il secondo aspetto del principio di legalità²³. La disciplina dell'*ignorantia legis* risulta pertanto strettamente connessa alla necessità di sicurezza giuridica, ovvero all'esigenza di assicurare che il cittadino possa

²² *Ivi*, Considerato in diritto, 25.

²³ Molto simile risulta l'impianto logico-deduttivo seguito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 20 gennaio 2009, *Sud Fondi s.r.l.*, §§ 116-117, in cui il principio di colpevolezza viene riconosciuto come conseguenza implicita del principio di legalità di cui all'art. 7 CEDU. La Corte EDU afferma infatti che, nonostante il silenzio della Convenzione EDU, «la logica della pena e della punizione così come la nozione di “guilty” (nella versione inglese) e la nozione di “personne coupable” (nella versione francese) vanno nel senso di una interpretazione dell'articolo 7 che esige, per punire, un legame di natura intellettuale (coscienza e volontà) che permetta di affermare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale dell'infrazione. In mancanza, la pena non sarebbe giustificata. D'altronde, sarebbe incoerente, da una parte, esigere una base legale accessibile e prevedibile e, d'altra parte, permettere che si consideri una persona come “colpevole” e “punirla” ancorché non fosse in condizione di conoscere la legge penale, in ragione di un errore invincibile che non possa affatto essere imputato a chi ne è stato vittima».

preventivamente conoscere le conseguenze giuridiche e sanzionatorie della propria condotta onde regularsi in conformità (cd. choosing system)²⁴. I giudici della Consulta, pur non accogliendo apertamente la concezione normativa della colpevolezza, sulla base della relazione di corrispettività biunivoca tra principio della personalità e finalismo rieducativo, intendono il requisito della conoscibilità della legge quale presupposto necessario della garanzia del fatto proprio colpevole, corollario politico-criminale della funzione special-preventiva della pena.

Di lì a poco, nella sentenza n. 1085 del 13.12.1988, la Corte Costituzionale ha specificato che, affinché la responsabilità sia autenticamente personale, «è indispensabile che tutti gli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente legati all'agente (siano, cioè, investiti dal dolo o dalla colpa) ed è altresì indispensabile che tutti e ciascun dei predetti elementi siano allo stesso agente rimproverabili e cioè anche soggettivamente disapprovati»²⁵.

²⁴ Cfr. FIANDACA G. – DI CHIARA G., *Introduzione al sistema penale per una lettura costituzionalmente orientata*, cit., p. 168.

²⁵ La sentenza in esame interviene sull'art. 626, 1° comma, c.p., (c.d. furto d'uso) dichiarandone l'illegittimità nella parte in cui non contempla l'ipotesi di mancata restituzione dovuta a caso fortuito o a forza maggiore,

Nel corso degli anni successivi sono state recepite in misura via via maggiore le elaborazioni dottrinali del principio di colpevolezza e le relative argomentazioni, consolidandosi pertanto una lettura estensiva del principio di cui all'art. 27, 1° comma, Cost. in termini di responsabilità per fatto proprio e colpevole. Il principio *nullum crimen sine culpa* rappresenta oggi sia un vincolo per il legislatore che, nell'ambito delle diverse forme di colpevolezza, può "graduare" il coefficiente psicologico di partecipazione dell'autore al fatto ma in nessun caso prescindere *in toto* dallo stesso, sia canone ermeneutico per il giudice nella lettura e nell'applicazione delle disposizioni vigenti²⁶.

non essendo, tale eventualità, addebitabile all'agente per carenza di rimproverabilità soggettiva.

²⁶ Cfr. Corte Costituzionale, sent. n. 322/2007, in riferimento al c.d. *error aetatis* di cui all'art. 609-sexies c.p., con la quale la Corte, pur dichiarando l'inammissibilità della questione, chiarisce come anche tale disposizione debba essere riletta in conformità al principio di colpevolezza. E' proprio dall'interpretazione adeguatrice che la Corte ricava la rilevanza scusante dell'errore inevitabile sull'età.

*L'interpretazione dell'art. 27 Cost. come roccaforte
del principio *societas delinquere et puniri non potest*:
gli ostacoli costituzionali
ed il superamento delle incompatibilità*

di

Andrea La Luce

Fine del presente lavoro è quello di esporre sinteticamente le argomentazioni che hanno rappresentato il principale freno nel cammino verso la responsabilità penale degli enti.

La ferma resistenza di una parte maggioritaria degli studiosi italiani, contrari ad una configurazione della soggettività penale degli enti²⁷, è stata rafforzata anche e

²⁷ Si vedano, *ex multis*, le risalenti riflessioni di RAMELLA, *La responsabilità penale e le associazioni*, in *Trattato del Cagliolo*, Milano, II, 1895, pag. 960; FERRARA, *La responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. dir. comm.*, 1914, pagg. 153 ss.; CRESPI, *Mauvaises pensées et autres sulle disposizioni penali del progetto di riforma delle società*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, pagg. 788 ss.; ORESTANO, "Persona" e "persone

soprattutto da motivazioni di natura costituzionale, che hanno rappresentato il principale ostacolo nel cammino verso la responsabilità penale diretta degli stessi. Però progressivamente questi argomenti hanno trovato risposta negli opposti assertori della natura penalistica di tale responsabilità, i quali hanno teorizzato una riconsiderazione dei principi costituzionali alla luce della quale si potesse concepire un sistema di diritto penale non esclusivamente antropomorfo, che spianasse in tal modo la strada alla responsabilizzazione degli enti collettivi.

In questo mio intervento intendo sottolineare il ruolo centrale dell'art. 27 Cost. nella discussione *de qua*. A tal fine si rende necessario sviluppare più approfonditamente il novero delle diverse letture che di tale disposizione sono state proposte, attraverso l'evoluzione del concetto di responsabilità penale personale, con particolare attenzione al crocevia interpretativo fornito dalla storica sentenza della Corte Costituzionale n. 364 del 1988.

L'attenzione si concentra sulla complessiva portata della norma costituzionale: quindi, non solo sul primo comma (“*La responsabilità penale è personale*”) e sulla sua supposta idoneità a fondare il dogma “*societas delinquere non potest*”,

giuridiche” nell’età moderna, in *Azioni, Diritti soggettivi, Persone giuridiche*, 1978, pag. 209.

ma anche sul finalismo rieducativo della pena di cui al terzo comma (“*Le pene...devono tendere alla rieducazione del condannato*”), cioè sul correlativo principio del “*societas puniri non potest*”. Il percorso interpretativo volto a negare la soggettività penale degli enti è pervaso tradizionalmente da una concezione di stampo antropomorfo ed individualista della disposizione in esame, alla quale la dottrina contrapposta propone di sostituire una lettura più evoluta e moderna del dettato costituzionale, compatibile con il riconoscimento di una responsabilità da reato degli enti.

Tra le più radicali e ferree posizioni seguite dai sostenitori della soggettività penale come concezione psico-fisica²⁸ dalla quale espungere le persone giuridiche, emerge nettamente l’asserzione dell’innegabile incostituzionalità di qualsivoglia assunto in disaccordo con una simile usuale impostazione. E questo, mentre è andata via via crescendo una chiara tendenza dello Stato italiano nel secondo dopoguerra, in notevole crescita industriale, a proteggere e a custodire l’impresa e le società.

28 ROMANO, “*Societas delinquere non potest*”, (Intervento al Convegno “Il diritto penale degli anni ’90”, in ricordo di Franco Bricola, Bologna, 18-20 maggio 1995), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pag. 1036, si è mostrato fortemente contrario a qualsiasi proposta di modifica interpretativa della lettera dell’art. 27 Cost., assumendo una posizione di totale disaccordo all’introduzione della responsabilità penale degli enti.

Il primo argomento in sintonia con la sopravvivenza del brocardo “*societas delinquere non potest* “ è di natura squisitamente letterale e fa riferimento all’aggettivo “*personale*” espresso nel primo comma dell’art. 27 Cost., cui è stato a lungo attribuito il contenuto minimo di “*divieto di responsabilità per fatto altrui*”. Il costituente sembra aver voluto sancire l’indefettibile coincidenza tra autore dell’illecito e destinatario della sanzione, escludendo che l’ente potesse rispondere di un reato realizzato da uno dei suoi organi, cioè da una persona fisica. Secondo tale visione, solo una persona fisica può essere penalmente responsabile²⁹, in quanto esclusivamente l’essere umano può agire materialmente, cioè determinare con il proprio comportamento modificazioni del mondo esteriore ovvero alterazioni della realtà empiricamente verificabili, ed essere destinatario della norma penale incriminatrice. Ascrivere oggettivamente il fatto dell’organo all’ente, pertanto, costituirebbe violazione del divieto di responsabilità penale per fatto altrui.

Analogamente, accanto all’incapacità di tenere materialmente la condotta tipica, l’ente non potrebbe integrare una volontà dolosa o colposa, perché non vi sarebbe spazio per

29 ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, X ediz., a cura di Conti, Milano, 1987, pag. 510.

riscontrare i tratti caratterizzanti dell'elemento psicologico, che presuppongono anch'essi un'entità non solo fisica, ma anche intellettuale.

Il richiamo all'imputabilità soggettiva del fatto è divenuto imprescindibile a seguito della sentenza n.364/88 della Corte Costituzionale, che ha plasmato ed innovato l'interpretazione dell'art. 27 Cost., decretando una nuova lettura della responsabilità penale come responsabilità per fatto proprio colpevole. Secondo i giudici costituzionali, la norma in esame impone, per considerare un fatto come proprio di un soggetto, non solo l'attribuibilità allo stesso sul piano della causalità materiale, ma anche che sia corredato dagli elementi soggettivi della fattispecie richiesti dal principio di colpevolezza³⁰. Questa nuova lettura della disposizione richiede uno stretto connubio con il principio del finalismo rieducativo della pena, che ha una

³⁰ Interessante è il richiamo al punto 10 in diritto, sent. C. Cost. 364/1988, in *Foro it.*, 1988, pagg. 1383 ss. : *“In conclusione, va confermato che, per quanto si usino le espressioni fatto proprio e fatto altrui, che possono indurre in errore, in realtà, in tutti i lavori preparatori relativi al primo comma dell'art. 27 Cost., i Costituenti mirarono, sul piano dei requisiti d'imputazione del reato, ad escludere che si considerassero costituzionalmente legittime ipotesi carenti di elementi subiettivi di collegamento con l'evento e, sul piano politico, a non far ricadere su “estranei” “colpe altrui”. E mai, in ogni caso, venne usato il termine fatto come comprensivo del solo elemento materiale, dell'azione cosciente e volontaria seguita dal solo nesso oggettivo di causalità: anzi, sempre venne usato lo stesso termine come comprensivo anche d'un minimo di requisiti subiettivi oltre a quelli relativi alla coscienza e volontà dell'azione”*.

pratica rilevanza solo se l'autore ha agito almeno colpevolmente, dato che “*non avrebbe senso la rieducazione di chi, non essendo almeno in colpa rispetto agli elementi più significativi del fatto non ha bisogno di essere rieducato*”³¹. Neanche una simile lettura dell'art. 27 Cost. lascia uno spazio ermeneutico, per la dottrina tradizionalista, ad una soggettività penale degli enti, data la ferma opposizione alla possibilità di ammettere una qualche compatibilità tra la persona giuridica ed il principio di una responsabilità penale colpevole. Tanto premesso, non troverebbero accoglimento neppure le teorizzazioni attinenti ai concetti di politica o cultura d'impresa ovvero di colpa d'organizzazione³², elaborate dalla dottrina opposta per fornire un *escamotage* interpretativo finalizzato a rendere possibili rispettivamente le ipotesi di dolo e colpa di una struttura societaria.

Molto critico rispetto a questa posizione è stato Alessandri³³, che ha osteggiato duramente il concetto di colpa d'organizzazione, ritenendolo non in grado di integrare la colpevolezza penalistica. Per l'Autore, infatti, la concezione normativa della colpa non può avere come conseguenza la

31 Testualmente al punto 11 in diritto, sent. 364/1988.

32 DE FRANCESCO, *Gli illeciti collettivi: soggetti dell'illecito o garanti dei precetti normativi?*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, pagg. 754 ss.

33 ALESSANDRI, *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, Milano, 1984, pagg. 48 ss.

rinuncia a quei presupposti tipicamente psicologico-soggettivi, che devono sussistere necessariamente, anche se mitigati da elementi normativi, per rispettare pienamente i crismi di una colpevolezza penalistica³⁴.

Questa visione dottrinale non solo condivide rigorosamente il brocardo “*societas delinquere et puniri non potest*”, ma afferma che vi sarebbe un ulteriore ostacolo rappresentato dall’art. 27, c.3 Cost. e dalla finalità rieducativa cui deve tendere la pena. Qualora si decidesse di irrogare la sanzione direttamente ed autonomamente all’ente in conseguenza del reato, essa sarebbe totalmente avulsa dal suo *habitat* naturale, non potendo incarnare le proprie peculiari funzioni sia generalpreventive sia specialpreventive, di lotta alla reiterazione del crimine.

34 In questo senso anche la stessa C. Cost. in sent. 364/1988 è concorde con la visione dell’Autore, affermando: “*La stessa possibilità di muovere all’autore un “rimprovero” per la commissione dell’illecito non equivale ad accoglimento da parte della Costituzione d’una delle molteplici concezioni “normative” della colpevolezza prospettate in dottrina, bensì costituisce autonomo risultato, svincolato da ogni premessa concettualistica, dell’interpretazione dei commi primo e terzo dell’art. 27 Cost., anche se, per accidens, tale “rimprovero” venga a coincidere con una delle nozioni di colpevolezza normativa prospettate in letteratura o desunte da un determinato sistema ordinario. A conclusione del primo approccio interpretativo del disposto di cui al primo comma dell’art. 27 Cost., deve, pertanto, affermarsi che il fatto imputato, perché sia legittimamente punibile, deve necessariamente includere almeno la colpa dell’agente in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica*”.

Tirando le fila di questo ragionamento svolto dalla parte più intransigente della dottrina³⁵, non è concepibile riconoscere in capo agli enti collettivi la soggettività penale ed a meno di non voler ridurre il diritto penale a “*pura tecnica di controllo sociale*”³⁶, lo stesso può avere come destinatario solo l'uomo in carne ed ossa.

Nell'affermare la natura costituzionale della responsabilità penale colpevole, la Corte Costituzionale ha statuito quale corollario del principio di colpevolezza il divieto di ipotesi di responsabilità oggettiva, cioè di fattispecie nelle quali il fatto viene attribuito al soggetto solo sul piano della causalità materiale³⁷. Queste conclusioni hanno, indubbiamente, contribuito a gettare ombre sulle considerazioni sviluppate da Bricola³⁸, che ha proposto il superamento dell'inveterato

35 ALESSANDRI, *ult. op. cit.*, pag. 58.

36 FLORA, *L'attualità del principio “societas delinquere non potest”*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, pag. 19.

37 Riprendendo testualmente il dispositivo della sentenza della Corte Cost. 364/1988 “... E mai, in ogni caso, venne usato il termine fatto come comprensivo del solo elemento materiale, dell'azione cosciente e volontaria seguita dal solo nesso oggettivo di causalità: anzi, sempre venne usato lo stesso termine come comprensivo anche d'un minimo di requisiti subiettivi, oltre a quelli relativi alla coscienza e volontà dell'azione... A parte ogni rilievo, peraltro già sottolineato, in ordine all'alternativa tra fatto proprio ed altrui, è altamente indicativa l'affermazione per la quale al nesso di causalità materiale s'accompagna sempre un certo nesso psichico”.

38 BRICOLA, *Il costo del principio “societas delinquere non potest” nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, pagg. 951 ss.

brocardo “*societas delinquere non potest*” giungendo, mediante la teoria dell'immedesimazione organica, all'attribuzione oggettiva del fatto di reato all'ente prescindendo dall'analisi degli aspetti psichici della fattispecie. Il compianto Maestro ha ritenuto utilizzabile la teoria organicistica anche in campo penale, superando l'antica obiezione relativa all'incapacità di azione degli enti, tramite il richiamo dell'art. 27 Cost. nella sua portata ermeneutica minima: egli, infatti, ha rimarcato la piena corrispondenza ed identità tra condotta materiale della persona fisica e della persona giuridica per la quale essa ha agito.

La teoria organicistica, o teoria realistica, elaborata originariamente da Beseler³⁹ e Von Gierke⁴⁰, individua le persone giuridiche come soggetti di diritto, titolari di un complesso di diritti e doveri in relazione alle azioni poste in essere dai propri organi, i cui effetti si imputano autonomamente e immediatamente all'ente: esso, in tal modo, acquisisce quel necessario substrato antropomorfo che la teoria della finzione gli nega. L'essere umano non agisce come singolo, ma come organo di un ente collettivo che estrinseca la sua volontà,

39 BESELER, *Volksrecht und Juristenrecht*, Lipsia, 1843, esposto da ORESTANO, in “*Il problema delle persone giuridiche nel diritto romano*”, Torino, 1968, pag. 26.

40 Lo stesso ORESTANO, *op. cit.*, riporta VON GIERKE, *Das Wesen der menschlichen Verbände*, Lipsia, 1902.

rimanendo in capo alla struttura societaria la titolarità della situazione giuridica conseguente⁴¹.

Da tutte le considerazioni appena enucleate, si rafforza la convinzione di una nutrita parte della letteratura, la quale sostiene che il principio di responsabilità penale personale sia stato introdotto nella Carta costituzionale per sottolineare l' idoneità della sola persona fisica a rivestire il ruolo del reo ovvero del condannato. Questa convinzione si evince e trova rinnovato vigore nel principio di colpevolezza dell'autore del fatto, ai sensi dell'art. 27 Cost.⁴², per l'impossibilità di attribuire agli enti gli elementi soggettivi del reato, ostacolo di fronte al quale si è arrestato anche lo stesso Bricola, pioniere moderno della battaglia al dogma "*societas delinquere et puniri non potest*".

Alle argomentazioni offerte dalla parte della dottrina fino a questo momento considerata, si contrappongono tutti quegli altri esponenti della letteratura che ritengono possibile fornire una visione della responsabilità penale degli enti pienamente compatibile con l'art. 27 Cost.⁴³.

41 CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2009, pagg. 121 ss.

42 CARBONE, *La nuova disciplina della responsabilità amministrativa delle società*, in *Danno resp.*, 2002, pagg. 237 ss.

43 Per un recente, complessivo ed efficace quadro storico – comparatistico cfr. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da*

Sicuramente, uno dei fattori che hanno accelerato l'evoluzione della dottrina penalistica sul tema *de quo*, è individuabile nel rapido incremento della criminalità d'impresa degli ultimi decenni⁴⁴ che è sfociato nel cruciale intervento legislativo italiano del 2001 con l'entrata in vigore del D.Lgs. 231, che non ha riconosciuto, almeno formalmente, natura penale alla responsabilità degli enti.

reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici, Pisa, 2012, pagg. 381 ss. e CERQUA, CANZIO, LUPARIA, *Diritto penale delle società*, Padova, 2014, pagg. 861 ss. Numerosi anche gli illustri Autori che tra gli anni Sessanta e Settanta del Novecento hanno messo in luce i limiti del principio secondo cui “*societas delinquere non potest*”, offrendo pregnanti contributi; tra essi non possono non essere ricordati: PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960, pag. 367; BRICOLA, *Luci ed ombre nella prospettiva di una responsabilità penale degli enti nei Paesi della CEE*, in *Giur. Comm.*, 1979, pag. 647; MARINUCCI, *Il reato come azione: critica di un dogma*, Milano, 1971, pag. 175; MARINUCCI-ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, pag. 689; PALAZZO, *Associazioni illecite ed illeciti delle associazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, pagg. 418 ss; PECORELLA G., *Societas delinquere potest*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, n. 4, 1977, pagg. 367 ss.; FLICK, *Problemi attuali e profili costituzionali del diritto penale d'impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pagg. 480 ss.; DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, cit., pag. 22; STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo o lotta di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, pagg. 495 ss.; DE MAGLIE, *L'etica ed il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, pag. 344.

44 GRAZIANO, *La grande erosione del principio “Societas delinquere non potest”*, in *Soc.*, 1997, pag. 1251; PALIERO, *Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1996, pagg. 1173 ss.

Però l'incremento delle voci favorevoli al riconoscimento della soggettività penale degli enti è avvenuto anche a prescindere da queste motivazioni prettamente extragiuridiche.

Il ragionamento di fondo della maggior parte delle soluzioni esposte sinora che escludono la configurabilità della responsabilità penale degli enti collettivi potrebbe essere accolto solo se si ammettesse, come premessa inconfutabile, che costituente e legislatore abbiano espressamente voluto estirpare le persone giuridiche dai potenziali soggetti attivi del reato, focalizzando tutte le attenzioni sulla persona fisica, in quanto unico essere umano naturale e destinatario della sola forma di responsabilità penale concepibile, cioè quella individuale. Ritengo, invece, di aderire a quella parte della dottrina, la quale sostiene che la condivisione di una simile conclusione è da ritenersi inaccettabile: leggere, invero, il principio di personalità della responsabilità penale come esclusivamente ricollegabile alla persona fisica non deve essere l'unica lettura obbligata imposta dal dettato costituzionale all'interprete; inoltre, affermare il principio di responsabilità per fatto proprio colpevole per le persone fisiche, non vuol dire escludere *ope legis* la soggettività penale degli enti⁴⁵. Indubbiamente il dato

45 Cfr. sul punto, DE FRANCESCO, *La responsabilità della societas: un crocevia di problematiche per un nuovo "modello" repressivo*, in *Legisl. pen.*, 2003, pag. 374; TRAVI, *La responsabilità della persona*

storico risulta incontestabile, poichè è illogico affermare che l'art. 27 Cost., al momento della sua stesura, non avesse come destinataria unica la persona fisica: ma diverso è sostenere che la suddetta disposizione è sorta appositamente per escludere, dai soggetti attivi del reato, gli enti. E' utile analizzare i lavori preparatori della Carta Fondamentale per comprendere con quanti dubbi e difficoltà si sia arrivati ad affermare che “*la responsabilità penale è personale*”, e quale fosse la reale preoccupazione del costituente: non la creazione di un diritto penale di stampo antropomorfo, ma evitare che si ripetessero, come nel periodo fascista, episodi di “*punizioni collettive ad interi gruppi*”⁴⁶. Il vero scopo della norma in esame, quindi, è stato quello di evitare che si potessero chiamare a rispondere penalmente determinati soggetti per fatti commessi da altri, con la finalità di arginare il rischio del ripetersi di sanzioni collettive⁴⁷. E' opportuno, peraltro, segnalare che il costituente ha utilizzato l'aggettivo “*personale*” e non “*individuale*”; solo in quest'ultimo caso, tale principio sarebbe entrato in totale

giuridica nel D.Lgs. n. 231/2001: prime considerazioni di ordine amministrativo, in *Soc.*, 2001, pag. 1305; ancora, anche se meno recentemente, PECORELLA G., cit., pag. 366.

46 COSSEDDU, *La responsabilità da reato degli enti collettivi: criteri di imputazione e tipologia delle sanzioni*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi, Atti del convegno*, Nule, 2002, pag. 12.

47 DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, 2008, Milano, pag. 37.

collisione con un'eventuale responsabilità degli enti collettivi, mentre l'attuale stesura lascia ampi margini per una lettura della norma nella quale possono essere ricompresi anche gli enti medesimi. Secondo un'ottica ermeneutica evolutiva del dettato costituzionale, si può giungere ad asserire che il dogma del “*societas delinquere non potest*” sia tutt’altro che inconfutabile, potendosi leggere l’art. 27 Cost. come non necessariamente indirizzato ad escludere la soggettività penale degli enti collettivi, ma considerando semplicemente la sua portata limitata, nei confronti delle persone fisiche, al momento della sua stesura⁴⁸.

La disposizione costituzionale *de qua* ed i principi in essa contenuti vanno interpretati, nella visione di un illustre autore⁴⁹, nel senso di “*mobili proposizioni normative a fattispecie aperta e ad elevato rango di genericità*”, che al contrario delle norme a fattispecie chiusa, possono essere dilatate o ridotte nella loro portata, ammettendo in tal modo anche di essere estese al fine di legittimare nel nostro ordinamento l’adozione di un modello di responsabilità penale per le persone giuridiche.

48 Sul punto, cfr. anche IRTI, *Due temi di governo societario (“responsabilità amministrativa”- codici di autodisciplina)*, in *Giur. comm.*, 2003, pagg. 693 ss.

49 FERRUA, *Il giusto processo tra modelli, responsabilità e principi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, pagg. 401 ss.

Dal punto di vista dell'elemento oggettivo del reato, ai fini della compatibilità della responsabilità degli enti collettivi con il principio di materialità, bisogna fare affidamento sulla teoria organicistica, la quale consente di imputare compiutamente il fatto all'ente come se dallo stesso sia stato materialmente realizzato; infatti, nel momento che esso agisce tramite i propri organi, non rileva la natura lecita o illecita dell'azione⁵⁰, in quanto la stessa deve considerarsi in entrambi i casi come posta in essere direttamente dall'ente⁵¹.

50 Come evidenziato testualmente anche da PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti: criteri d'imputazione*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2002, pagg. 422 ss.: "Se la persona giuridica è costruita dall'ordinamento come soggetto capace di agire, di esercitare diritti, di assumere obblighi, di svolgere attività da cui trarre profitto, ovviamente per il tramite di persone fisiche agenti per l'ente, è nella logica di un tale istituto che all'ente possa essere ascritto sia un agire lecito che un agire illecito, realizzato nella sfera di attività dell'ente stesso. La "capacità di colpevolezza" della persona giuridica, ideologicamente negata da un filone della dottrina, è implicita nella configurazione fattuale e giuridica di un soggetto capace di agire"; ancora prima, da segnalare le celebri osservazioni di BRICOLA, *op. cit.*, pagg. 953 ss.

51 In tal senso, è opportuno anche leggere la Relazione al d.lgs. 231/2001, par. 3.2: "Ribadito ancora una volta che anche la materia dell'illecito penale-amministrativo è assoggettata al dettato costituzionale dell'art. 27, già la teoria della c.d. immedesimazione organica consente di superare le critiche che un tempo ruotavano attorno alla violazione del principio di personalità della responsabilità penale, ancora nella sua accezione "minima" di divieto di responsabilità per fatto altrui. Vale a dire: se gli effetti civili degli atti compiuti dall'organo si imputano direttamente alle società, non si vede perché altrettanto non possa accadere per le conseguenze del reato, siano esse penali o - come nel caso del decreto legislativo - amministrative".

Allo stesso modo, ritengo sia possibile rispondere alle critiche mosse con riferimento al difetto di facoltà psichiche dell'ente ed alle obiezioni perpetrate contro la colpa d'organizzazione e contro la carenza di quegli elementi psicologici che sono indispensabili anche per coloro che aderiscono alla concezione normativa di colpevolezza⁵². Quest'ultima non necessariamente deve contenere elementi di carattere antropomorfo, ma deve rispecchiare i caratteri peculiari della persona giuridica perché *“solo riconoscendo alla colpevolezza connotati psicologici ed etici ritagliati sulla persona umana si può continuare ad affermare che la responsabilità colpevole si riferisce soltanto all'uomo. Però, se si abbandona questa premessa, l'obiezione relativa all'incapacità di colpevolezza si presenta tutt'altro che irresistibile”*⁵³.

Peraltro, come sottolineato dalla stessa Relazione al D.Lgs. 231/2001, la mancanza di connotati psichici nei concetti colpa d'organizzazione e di politica d'impresa non rappresenta un *deficit*, ma un tratto caratteristico dei criteri d'imputazione

52 Tale critica è stata avanzata da ALESSANDRI, *ult. op. cit.*, in quanto ha ritenuto il concetto di colpa d'organizzazione eccessivamente oggettivizzato.

53 PIERGALLINI, *Societas delinquere non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, pag. 583.

del fatto all'ente, ben integrando il significato di colpevolezza come rimproverabilità⁵⁴.

E' opportuno, inoltre, ricordare la soluzione proposta da una parte della dottrina, tra cui De Vero, secondo la quale lo schema della responsabilità penale degli enti può esaustivamente racchiudersi nella sola teoria dell'immedesimazione organica, imputando all'ente, in virtù del rapporto organico, non solo la condotta materiale delle persone fisiche, ma anche gli stati soggettivi di queste⁵⁵. L'Autore, attraverso il richiamo all'illecito civile extracontrattuale, ritiene che non sia possibile mutilare la teoria *de qua* in campo penalistico, cioè prevedere una limitazione della sua operatività solo sul piano dell'imputabilità oggettiva del fatto, poiché se l'ente s'identifica nelle persone fisiche, allora il dolo o la colpa dell'organo è necessariamente anche il dolo o la colpa dell'ente. Solamente un

54 Relazione al D.Lgs. 231/2001, par. 3.3: “Si è prima ricordato come, in passato, la principale controindicazione all'ingresso di forme di responsabilità penale dell'ente fosse ravvisata nell'art. 27, c. 1, Cost., inteso nella sua accezione di principio di colpevolezza in senso “psicologico”, e cioè come legame psichico tra fatto ed autore. Una rinnovata concezione della colpevolezza in senso normativo consente oggi di adattare comodamente tale categoria alle compagini collettive. Ai fini della responsabilità dell'ente occorrerà, dunque, non soltanto che il reato sia ad esso ricollegabile sul piano oggettivo; di più, il reato dovrà costituire anche espressione della politica aziendale o quanto meno derivare da una colpa di organizzazione”.

55 DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato. Luci ed ombre nell'attuazione della delega legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pagg. 1141 ss.

approccio di questo genere consentirebbe di garantire quella inscindibilità tra elementi oggettivi e soggettivi della fattispecie che emerge chiaramente dal principio di cui all'art. 27 Cost.

Secondo alcuni, poi, per quanto attiene alla natura rieducativa della pena, che rappresenta l'ulteriore ostacolo costituzionale *ex art. 27 c.3* nella *subiecta materia*, essa potrebbe pacificamente esplicitare entrambe le finalità di prevenzione generale e speciale⁵⁶. La prima può inequivocabilmente dirsi integrata, in quanto la diffusione della “minaccia di una pena” opera da deterrente rispetto alla diffusione di un sentimento d’illegalità, agendo sui consociati e frenando la loro indole criminosa, senza che si possa distinguere tra crimini d’impresa e reati individuali. Essa risulta *sui generis* nel modo in cui si manifesta rispetto agli enti, ossia mediante lo sviluppo e l’affinamento delle strutture societarie organizzative atte a contrastare la commissione dei reati dei propri organi. Nell’alveo del contesto collettivo, perciò, la suddetta funzione della pena si ottiene con mezzi propri e la circostanza che l’ente agisca tramite persone fisiche, ha come conseguenza che una simile finalità si attui mediante varie attività di controllo ed

⁵⁶ FOGLIA MANZILLO, *Verso la configurazione della responsabilità penale per la persona giuridica*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, pag. 107; PALAZZO, *cit.*, pag. 441.

educazione degli organi⁵⁷. Le obiezioni maggiori si sono presentate, tuttavia, rispetto alla prevenzione speciale, per la diffusa idea dell'impossibilità di ammettere intenti rieducativi nei confronti di soggetti artificiali privi della capacità di percepire la riprovevolezza o il disvalore di un reato. Anche sotto questo profilo, la contaminazione antropomorfa è particolarmente evidente, poiché, condividendo la tesi della dimensione collettiva e superindividuale della volontà criminosa delle persone giuridiche, non è impossibile sostenere di poterla rieducare, spingendola ad allontanarsi dal rischio della reiterazione del fatto. Non offre, invero, alcuna utilità speculativa affermare che, considerata la mancanza di un'eticità da riabilitare, allora l'ente non potrebbe essere rieducato: pacificamente quest'ultimo difetta di una tale dimensione interiore, in quanto non si può instillare un peculiare carattere umano ad un soggetto che ne è insitamente privo. Solo individuando, però, un finalismo rieducativo della sanzione penale necessariamente riferibile solo all'essere umano, si

57 CERQUA, *Diritto penale delle società*, Padova, 2009, pagg. 1431 ss., per cui il finalismo rieducativo della pena, testimoniato dalla possibilità per l'ente di riorganizzarsi *post delictum*, mostra la possibilità per lo stesso di allontanarsi dalla prassi criminale.

finirebbe per presupporre alla base del 27, c.3 Cost. esclusivamente un concetto di recupero di eticità⁵⁸.

Diversamente, la funzione rieducativa della pena in relazione agli enti, assume il peculiare significato di combattere una cultura d'impresa distorta, colpendo i guadagni illegittimi e disvelando i reali costi delle attività illecite, promuovendo il recupero della legalità tramite condotte riparatorie *post delictum* correlate a profili premiali⁵⁹. La rieducazione, pertanto, può essere interpretata come modo diverso di gestire l'attività economica, riconducendola nel solco della lealtà di mercato e del profitto lecito. In tal senso, pur non realizzandosi una rieducazione in chiave antropomorfica, un tale obiettivo è ugualmente conseguibile, sia eliminando una politica aziendale votata all'illegalità, sia agendo sulla volontà del soggetto collettivo relativamente all'eliminazione della ricerca spregiudicata del profitto, mediante sanzioni dissuasive e l'attivazione di specifici strumenti di riparazione dei danni e di conformazione a modelli legali di prevenzione⁶⁰.

Tirando le fila del discorso, da questi esponenti della letteratura penalistica emerge la convinzione di poter ragionare

58 FOGLIA MANZILLO, *ult. op. cit.*, pag. 1022; PECORELLA, *ult. op. cit.*, pagg. 366 ss.

59 Su tale profilo, cfr. PIERGALLINI, *ult. op. cit.*, pag. 574 ss.

60 CERQUA, *ult. op. cit.*, pagg. 1431 ss.

attorno alla responsabilità penale degli enti, senza il timore di incorrere in incompatibilità con il dettato costituzionale: solo aderendo alla tradizionale visione antropomorfica del diritto penale, si può intravedere nell'art. 27 Cost. un ostacolo insuperabile alla configurabilità della soggettività penale degli enti. Partendo da un punto di partenza differente e da una lettura più “illuminata” ed evoluta con i tempi della suindicata norma costituzionale, è possibile invece concludere che “*societas delinquere et puniri potest*” anche alla luce della norma posta dal costituente. Infatti, anche se nel 1948, al momento dell'entrata in vigore della Carta Fondamentale, non erano stati presi come parametro di riferimento gli enti per la formulazione dell'art. 27, certamente non è riscontrabile nel dettato costituzionale un'espressa volontà di estrometterli dai soggetti attivi del reato.

L'influenza della dottrina nella giurisprudenza della Corte Penale Internazionale

di

Giulia Lanza

Ai fini di una migliore comprensione del ruolo svolto dalla dottrina nella giurisprudenza della Corte Penale Internazionale (ICC) appare necessario soffermarsi, seppur brevemente, sulle caratteristiche che contraddistinguono il diritto penale internazionale e, più in particolare, i crimini internazionali.

In questa sede è opportuno ricordare che il diritto penale internazionale è quel ramo del diritto pubblico nato dall'esigenza di attribuire agli individui, e non più solo agli Stati, la responsabilità per le atrocità commesse nel corso della Seconda Guerra Mondiale. Si tratta di un diritto apparso in epoca contemporanea, tuttora in fase di formazione ed evoluzione nel quale, a causa della sua natura ibrida, sono ravvisabili istituti tipici sia dei sistemi di *common law* che di

quelli di *civil law*. Inoltre, i modelli giuridici nazionali - così come il diritto umanitario e il sistema dei diritti umani - hanno notevolmente influenzato e contribuito alla creazione ed alla continua evoluzione di questo nuovo e particolare ramo del diritto⁶¹.

Un elemento da non sottovalutare ai fini dell'odierna trattazione, riguarda la diversa nazionalità nonché la diversa formazione (*inter alia* accademici, diplomatici, giudici, procuratori) dei giudici della Corte Penale Internazionale. Tale circostanza - oltre ad accentuare il carattere ibrido del diritto penale internazionale, continuamente sottoposto all'influenza di diverse culture giuridiche - condiziona notevolmente l'attività svolta dall'organo giudicante, in quanto non capita di rado che i giudici, non riuscendo a raggiungere un accordo sull'interpretazione e concreta applicazione di alcuni istituti, preferiscano ricorrere all'uso delle *dissenting opinions*⁶².

⁶¹ SATZGER H., *International and European Criminal Law*, München, 2012; CASSESE A., *International Criminal Law*, 2nd edition, Oxford University Press, 2008; WERLE G., *Principles of International Criminal Law*, 2nd edition, TMC Asser Press, The Hague, 2009; BASSIOUNI M.C., *International Criminal Law*, vol. I, 3rd edition, Leiden, 2008.

⁶² A titolo esemplificativo si veda: Separate Opinion of Judge Adrian Fulford to *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06, 14 March 2012 <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1379838.pdf>; Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert to *Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, Trial Chamber II, ICC-01/04-02/12, 18 December 2012 <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1529537.pdf>.

In tale contesto, pertanto, anche le dottrine, sviluppatesi in ambito nazionale, possono essere riprese a livello internazionale, influenzando in modo determinante la trattazione di argomenti di centrale importanza, come è accaduto in tema di responsabilità penale individuale⁶³. E' per tale ragione che appare degno di nota soffermarsi ad analizzare il ruolo svolto dalla dottrina tedesca di Claus Roxin nella giurisprudenza dell'ICC (*casi Lubanga, Katanga*), in quanto si tratta di un esempio di concreta applicazione da parte della giurisprudenza internazionale di una dottrina nata in ambito nazionale⁶⁴.

La complessa struttura, generalmente plurisoggettiva, che caratterizza i crimini internazionali e il contesto organizzativo, tendenzialmente di tipo gerarchico, nel quale gli stessi vengono perpetrati, rendono l'individuazione dei responsabili particolarmente difficoltosa. Spesso, inoltre, all'origine delle peggiori atrocità, vi sono delle vere e proprie associazioni criminose, dotate di struttura, ripartizione di ruoli e

⁶³ VAN SLIEDREGT E., *The Curious Case of International Criminal Liability*, in *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, 2012, pp. 1172-1188.

⁶⁴ *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the confirmation of charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-803, 29 January 2007 paras. 326 ss. <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc266175.PDF>; *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo*, Decision on the confirmation of charges, Pre-Trial Chamber, I ICC-01/04-01/07-717, 30 September 2008, paras. 500 ss. <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc571253.pdf>

scopi ben definiti. Nella maggior parte dei casi, poi, la responsabilità dei soggetti coinvolti in tali crimini cresce proprio con l'aumentare della loro lontananza dal luogo in cui viene materialmente posta in essere la condotta criminosa. Tale osservazione nasce dal fatto che nella commissione dei crimini in esame, assumono un ruolo fondamentale proprio quei soggetti che rivestono un ruolo apicale nell'organizzazione, nell'associazione e che, pur non sporcandosi le mani con il sangue delle loro vittime, organizzano, comandano o dirigono le operazioni militari e le azioni criminose. Basti pensare emblematicamente ad *A. Eichmann* (detto anche "autore in scrivania"), che ha ordinato l'uccisione di migliaia di ebrei senza aver mai alzato un dito⁶⁵. E' proprio in seguito alle atrocità perpetrate durante la Seconda Guerra mondiale, che Claus Roxin aveva cercato di dar vita ad una teoria che gli consentisse di ritenere responsabile a titolo di autore soggetti come *A. Eichmann*⁶⁶.

Per cercare di superare, o perlomeno affrontare, il problema dei criteri di attribuzione della responsabilità a titolo di autore per tali crimini, i Tribunali Penali Internazionali hanno

⁶⁵ VIVIANI A., *Crimini Internazionali e Responsabilità dei Leader Politici e Militari*, Giuffré Editore, Milano, 2005.

⁶⁶ ROXIN C., *Crimes as Part of Organized Power Structures*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, 2011, pp. 193-205.

utilizzato diversi modelli, tra i quali emerge la dottrina di creazione giurisprudenziale della partecipazione ad un'impresa criminale comune, ovvero la “**joint criminal enterprise**” (**j.c.e.**), nata nella nota sentenza della Camera d'Appello del Tribunale Penale Internazionale per la Ex Jugoslavia (ICTY), resa in data 15.07.1999 contro l'imputato *Tadić*⁶⁷. Detta dottrina ha avuto un ruolo fondamentale nell'attribuzione della responsabilità a titolo di autore derivante dall'esecuzione comune di un crimine internazionale, a tal punto da essere richiamata ed applicata in svariati casi, non solo dinanzi all'ICTY (*Kvočka*), ma anche al Tribunale Penale Internazionale per il Rwanda (ICTR) (*Simba*) e alla Corte Speciale per la Sierra Leone (atto d'accusa *Taylor; Brima, Kamara e Kanu, Sesay, Kallon, Gbao*).

Sebbene in questa sede non sia possibile soffermarsi ad analizzare nel dettaglio le diverse forme di joint criminal enterprise, va evidenziato che è proprio a causa dei limiti presentati in particolar modo dalla “extended form”⁶⁸, che i

⁶⁷ La j.c.e. può manifestarsi in tre diverse forme: “basic form”, “systematic form” ed “extended form”, per un ulteriore approfondimento si vedano i casi *Tadić, Vasiljević, Krnojelac* dell'ICTY.

⁶⁸ Ai fini del rispetto del principio di colpevolezza, si tratta della forma più problematica di j.c.e. In base ad essa, infatti, il soggetto è chiamato a rispondere di tutti quei fatti, che gli altri compartecipi hanno posto in essere e che, nel momento in cui ha aderito al piano criminoso comune, erano prevedibili come naturale conseguenza dell'esecuzione del piano stesso. A

Giudici della Corte Penale Internazionali hanno sentito il bisogno di abbandonarla, esprimendo così la loro indipendenza e autonomia rispetto a quanto statuito in precedenza dall'ICTY.

E' per tali ragioni che la teoria della *Tatherrschaft* - sviluppata dal penalista tedesco Claus Roxin e già impiegata in pronunce minoritarie da parte dei Tribunali *ad hoc* (ICTY: *Stakić* e ICTR: *Gacumbitsi*) - è stata ampiamente utilizzata dai Giudici dell'ICC nei casi *Lubanga* e *Katanga* essendo alla base della dottrina di creazione giurisprudenziale del “**control over the crime**”.

La teoria di Roxin ha consentito ai Giudici di individuare un criterio di distinzione tra le forme di responsabilità previste dall'art. 25 ICCSt⁶⁹ ed, in particolare, tra la responsabilità a

tale proposito si ricorda che, avvalendosi di questa forma di j.c.e., i giudici sono giunti perfino ad imputare il crimine di genocidio a titolo di autorità a coloro che avevano preso parte ad una impresa criminosa comune pur senza, tuttavia, aver agito con il dolo specifico richiesto da tale figura criminosa.

⁶⁹ *Article 25 ICCSt Individual criminal responsibility*

1. *The Court shall have jurisdiction over natural persons pursuant to this Statute.*

2. *A person who commits a crime within the jurisdiction of the Court shall be individually responsible and liable for punishment in accordance with this Statute.*

3. *In accordance with this Statute, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person:*

(a) *Commits such a crime, whether as an individual, jointly with another or through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible;*

titolo principale (art. 25(3)(a) ICCst) e la responsabilità a titolo accessorio (art. 25(3)(b-d) ICCst)⁷⁰.

Più precisamente, nella *confirmation of charges decision* del caso *Lubanga*, la Pre-Trial Chamber I ha indicato i criteri⁷¹ in base ai quali si può ritenere che il soggetto abbia il “control

(b) *Orders, solicits or induces the commission of such a crime which in fact occurs or is attempted;*

(c) *For the purpose of facilitating the commission of such a crime, aids, abets or otherwise assists in its commission or its attempted commission, including providing the means for its commission;*

(d) *In any other way contributes to the commission or attempted commission of such a crime by a group of persons acting with a common purpose. Such contribution shall be intentional and shall either:*

(i) *Be made with the aim of furthering the criminal activity or criminal purpose of the group, where such activity or purpose involves the commission of a crime within the jurisdiction of the Court; or*

(ii) *Be made in the knowledge of the intention of the group to commit the crime;*

(e) *In respect of the crime of genocide, directly and publicly incites others to commit genocide;*

(f) *Attempts to commit such a crime by taking action that commences its execution by means of a substantial step, but the crime does not occur because of circumstances independent of the person's intentions. However, a person who abandons the effort to commit the crime or otherwise prevents the completion of the crime shall not be liable for punishment under this Statute for the attempt to commit that crime if that person completely and voluntarily gave up the criminal purpose.*

⁷⁰ Per quanto riguarda l'individuazione dei diversi livelli di responsabilità previsti dall'art. 25 ICCst si veda, *inter alia*, WERLE G. e BURGHARDT B., *Establishing Degrees of Responsibility: Modes of Participation in Article 25 of the ICC Statute*, in *Pluralism in International Criminal Law*, Oxford University Press (2014), in corso di pubblicazione.

⁷¹ *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the confirmation of charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-803, 29 January 2007 paras. 326 ss. <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc266175.PDF>

over the crime” e possa quindi essere riconosciuto responsabile ai sensi dell’art. 25(3)(a) ICCst. Tuttavia, tale teoria si fonda sulla statuizione che l’art. 25(3)(a) ICCst preveda una struttura gerarchica tra le diverse forme di responsabilità in esso stabilite.

In questa sede, però, va ricordato che, nonostante la maggioranza dei Giudici riconosca la struttura gerarchica dell’art. 25 ICCst e la teoria del “control over the crime”, tuttavia vi sono delle visioni discordanti: basti pensare alla *dissenting opinion* del Giudice Adrial Fulford⁷² nel caso *Lubanga* ed alla *concurring opinion* della Giudice Christine Van Den Wyngaert⁷³ nel caso *Ngudjolo* in cui, oltre a disconoscersi un diverso grado di importanza tra le forme di responsabilità previste dallo Statuto di Roma, si criticano elementi portanti della teoria in esame, come il carattere “essenziale” del contributo nel crimine.

Nel caso *Katanga*⁷⁴, invece, la Pre-Trial Chamber è giunta a sostenere che il controllo sull’esecutore materiale del

⁷² Separate Opinion of Judge Adrian Fulford to *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06, 14 March 2012.

⁷³ Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert to *Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, Trial Chamber II, ICC-01/04-02/12, 18 December 2012.

⁷⁴ *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo*, Decision on the confirmation of charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/07-717, 30 September 2008, paras. 500 ss. <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc571253.pdf>

crimine può essere esteso anche all'organizzazione criminosa ovvero l'*Organisationsherrschaft*. In tal modo infatti, gli ideatori od organizzatori dei crimini possono essere riconosciuti responsabili per i fatti commessi materialmente dall'organizzazione o dall'apparato su cui esercitano il loro dominio, anche se, nel momento in cui vengono concretamente perpetrati fatti penalmente rilevanti, non si trovano sulla scena del delitto⁷⁵. La lontananza dal fatto criminoso del soggetto responsabile viene in tal modo compensata dal controllo esercitato dallo stesso sull'organizzazione criminosa.

L'importanza della teoria in esame ha indotto parte degli studiosi a sostenere che la teoria di Claus Roxin sia talmente conosciuta e riconosciuta da poter essere considerata principio generale di diritto ex art. 21(1)(c) dello Statuto di Roma e che, per spiegare il dato normativo - in questo caso l'art. 25(3)(a) dello Statuto di Roma - sia pur sempre necessario avvalersi di una teoria⁷⁶. Ciononostante, questa tesi è controversa, dato che le teorie dottrinali, se facilmente possono essere fonte di

⁷⁵ VAN SLIEDREGT E., *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford University Press, 2012.

⁷⁶ AMBOS K., *The first Judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): A comprehensive Analysis of the Legal Issues*, in *International Criminal Law Review*, 2012, vol. 12, pp. 115-153.

cognizione, difficilmente sono fonte di produzione di norme applicabili⁷⁷.

Non essendo possibile in questa sede addentrarsi nell'esame dei meriti e demeriti della teoria del "control over the crime", nonché nell'interpretazione dell'art. 25(3)(a) dello Statuto di Roma, tuttavia non si può in alcun modo negare che la dottrina tedesca non solo abbia svolto un ruolo fondamentale nell'ambito della trattazione della responsabilità penale a titolo di autore, ma rappresenti anche un esempio di influenza concreta della dottrina nazionale nella giurisprudenza internazionale.

Infine, a conclusione di questa breve analisi, è opportuno evidenziare che, a differenza di quanto accade nella giurisprudenza nazionale, in quella internazionale dell'ICC la dottrina viene richiamata in modo espresso sia nel corpo che nelle note a piè di pagina delle sentenze⁷⁸, quasi a conferma esplicita del ruolo determinante che le viene riconosciuto nelle decisioni.

⁷⁷ DI MARTINO A., *Lubanga e I bambini-soldato: note sul Judgment d'esordio della Corte penale internazionale*, in *Diritto penale e processo*, 8/2012, pp. 1027-1038.

⁷⁸ A titolo esemplificativo si veda la nota n. 425 della *Confirmation of Charges Decision* del caso *Lubanga*.

Il dolo specifico implicito e la sua applicazione giurisprudenziale al riciclaggio

di

Rosa Maria Vadala

La trattazione del dolo specifico implicito nel delitto di riciclaggio richiede la preliminare definizione della nozione di dolo specifico.

Nei manuali frequente è la sua definizione come la finalità che deve essere perseguita dall'agente, ma che non è necessario che si realizzi perché si configuri il reato⁷⁹: si suole discorrere di un risultato che sta “oltre” il fatto tipico, che è estraneo alla sua struttura⁸⁰.

Così ricostruito il dolo specifico, si individua una trascendenza dello scopo rispetto alla realizzazione del fatto tipico, che lo riduce a mero elemento di rilievo psicologico, il

⁷⁹ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Zanichelli editore, 6° ed., 2010, p. 365

⁸⁰ Gallo, voce *Dolo*, in *Enc. Dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, p. 794.

quale può sollevare perplessità in un diritto penale ancorato al principio di offensività⁸¹.

In realtà, il fine non può non presentare una sua rilevanza anche sul piano della tipicità, nel senso che la sua previsione denota una strumentalità del mezzo oggettivo al perseguimento del fine soggettivo⁸²: lo scopo di realizzare un determinato risultato, ulteriore rispetto alla condotta base, implica, di certo, la sua previa rappresentazione e la corrispondenza tra comportamento strumentale e fine perseguito.⁸³

L'elaborazione del dolo specifico implicito deriva dalla difficoltà di stabilire se siano ipotesi da considerare a dolo specifico solo quelle fattispecie in cui la finalità ulteriore da perseguire viene espressamente indicata dal legislatore o se, invece, a prescindere dall'uso di locuzioni come "*allo scopo o*

⁸¹ Fra i primi ad esprimere dubbi di costituzionalità in questa prospettiva BRICOLA, per cui si rimanda per i riferimenti bibliografici a FORTE, *l'elemento soggettivo nel riciclaggio*, in *Riciclaggio e Reati connessi all'intermediazione mobiliare*, (a cura di) MANNA, Utet, 2000, p. 171 nota 34. Critico in ordine alla natura solo psichica del dolo specifico anche PICOTTI, *il dolo specifico. Un'indagine sugli "elementi finalistici" delle fattispecie penali*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 497 ss.

⁸²PICOTTI, *il dolo specifico*, cit., p. 501, secondo cui tra la condotta e lo specifico fine richiesto sussiste un rapporto di "*mezzo a fine*", un "*nesso teleologico*".

⁸³ PICOTTI, *op. cit.*, p. 502-503. L'Autore afferma che "*il fine tipico non può che rappresentare il polo teleologico di un unitario comportamento esterno, di cui puntualizza la globale tipicità*", espellerlo dalla sfera della tipicità, privando la fattispecie di un requisito normativamente imposto, comporterebbe la violazione dello stesso principio di legalità formale di cui all'art. 25, co. 2 cost. e art. 1 cp.

al fine di”, sia possibile cogliere nella formulazione della previsione la necessità di una particolare colorazione soggettiva dell’azione, “*l’implicita esistenza di un’intenzione, tendenza o motivo dell’autore*”.⁸⁴

Sulla scia della dottrina tedesca, anche la nostra dottrina ha affiancato alle ipotesi di dolo specifico espresso, caratterizzate dal riferimento testuale al fine speciale dell’agente, quelle in cui lo stesso risulterebbe sottinteso fra le parole della legge: sarebbe enucleabile dal tenore complessivo della previsione una specifica direzione soggettiva degli atti⁸⁵.

Come ipotesi a dolo specifico implicito è stata interpretato anche il delitto di riciclaggio⁸⁶.

In particolare, l’attuale formulazione dell’art. 648 bis c.p. punisce la condotta di sostituzione, trasferimento di denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto non colposo o il compimento in relazione ad essi di altre operazioni in modo da ostacolare l’identificazione della loro provenienza delittuosa⁸⁷.

⁸⁴ Così testualmente MEZGER, per cui si rimanda in ordine ai riferimenti bibliografici a CASTALDO-NADDEO, *Il denaro sporco prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio*, Cedam, Padova, 2010, p. 176 nota 346.

⁸⁵ Su tale nozione PICOTTI, *op. cit.*, p. 102-103.

⁸⁶ FORTE, *l’elemento soggettivo nel riciclaggio*, *cit.*, p. 206.

⁸⁷ Il testo attuale dell’art. 648 bis c.p. è l’esito delle modifiche introdotte con la Legge 9 Agosto 1993 n. 328, di ratifica della Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, stipulata a Strasburgo l’otto novembre 1990, la quale ha eliminato il

L' idoneità dissimulativa o di nascondimento costituisce il fulcro di offensività della fattispecie⁸⁸, per cui una condotta, sia essa nominata di sostituzione o trasferimento, ovvero innominata, non potrà essere punita se priva di tale connotato essenziale del reato⁸⁹.

Quale modalità centrale dell'azione, essa entra a far parte dell'oggetto del dolo, ma in che modo?

Ci si chiede, in particolare, se essa sia oggetto di rappresentazione e volizione come elemento che identifica la tipicità dell'azione o, invece, secondo quanto sostenuto da una parte della dottrina⁹⁰, quale finalità ulteriore che deve essere perseguita dall'agente.

riferimento analitico ai delitti presupposti, prima presente sia nella versione originaria della previsione di cui al D.L. 21 marzo 1978 n. 59, che in quella successiva della L. 19 marzo 1990 n. 55.

⁸⁸ MANGIONE, *Mercati finanziari e criminalità organizzata*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2000, p. 1137, per cui l'accertamento dell'idoneità ad ostacolare l'identificazione qualifica operazioni altrimenti neutre e prive di lesività; quale espressione del globale disvalore del fatto svolge il ruolo di selettore della punibilità.

⁸⁹ CASTALDO-NADDEO, *op. cit.*, p. 111, richiamano in favore della riferibilità della locuzione "*in modo da ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa*" a tutte e tre le modalità di condotta: 1. la collocazione sintattica, 2. il confronto sistematico effettuato alla luce del bene giuridico tutelato, 3. il paradosso di dover ritenere *a contrario* punibili sostituzioni inidonee ad ostacolare le indagini, 4. la giurisprudenza della Suprema Corte che individua nella difficoltà conseguente all'accertamento della provenienza delittuosa il denominatore comune delle condotte di riciclaggio.

⁹⁰ FAIELLA, *riciclaggio e crimine organizzato transnazionale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 204 ss.

In questo senso, proprio come forma implicita di dolo di derivazione dottrinale, è stata considerata da un orientamento della giurisprudenza⁹¹, il quale, inaugurato negli anni '90, è stato gradualmente abbandonato, divenendo ormai minoritario.

Cito alcune pronunce per evidenziare come nelle stesse si discorra specificatamente di “*finalità di ripulire i beni di provenienza illecita*” come elemento soggettivo differenziale del delitto di riciclaggio rispetto alle fattispecie di ricettazione e reimpiego:

- Cass. pen., Sez. IV, n. 6534 del 23.3.2000, est. Savino, per cui: “*premesso che presupposto comune di tutte e tre le fattispecie incriminatrici previste dagli artt. 648, 648 bis e 648 ter cod. pen. è quello costituito dalla provenienza da delitto del denaro e dell'altra utilità di cui l'agente è venuto a disporre, le dette fattispecie si distinguono, sotto il profilo soggettivo, per il fatto che la prima di esse richiede, oltre alla consapevolezza della suindicata provenienza, necessaria anche per le altre, solo una generica finalità di profitto, mentre la seconda e la terza richiedono la specifica finalità di far perdere le tracce dell'origine illecita*”.

⁹¹ Tra le prime pronunce significative di questo orientamento v. Tribunale di Sala Consilina, 14 ottobre 1998, Crucchi, in *Foro It.*, 1999,II, p. 358.

- Trib. Palermo, 17/04/2007 per cui: *“a differenza della ricettazione, nella quale la prova dell'elemento soggettivo può essere raggiunta anche solo sulla base della omessa o non attendibile indicazione della provenienza della cosa ricevuta, indice rivelatore della volontà di occultamento, logicamente spiegabile con un acquisto in mala fede, nell'ipotesi del riciclaggio, oltre alla generica finalità di profitto, occorre lo scopo ulteriore di far perdere le tracce dell'origine illecita”*⁹².

- Cass. pen. Sez. V, (ud. 02-12-2010) 27-01-2011, n. 3035, est. Sabeone, secondo cui *“tra il reato di riciclaggio e quello di ricettazione vi sia rapporto di specialità, che discende dal diverso elemento soggettivo richiesto dalle due fattispecie incriminatrici - essendo comune l'elemento materiale della disponibilità di denaro o altra utilità di provenienza illecita, mentre il delitto di cui all'art. 648 c.p. richiede una generica finalità di profitto e quello di cui all'art. 648 bis*

⁹² Sembra sottendere, accanto ad un implicita finalità di profitto, anche quella dissimulativa come tratto soggettivo peculiare del delitto di riciclaggio, altresì, Cass. pen., Sez. II, 19 febbraio 2009, n. 19907, in C.E.D. Cass., n. 244879, che afferma che *“la norma incriminatrice del reato di riciclaggio è speciale rispetto a quella del reato di ricettazione perché richiede che il dolo si qualifichi non per una generica finalità di profitto ma per lo scopo ulteriore di far perdere le tracce dell'origine illecita”*

*lo scopo ulteriore di far perdere le tracce dell'origine illecita dei beni”*⁹³.

L'orientamento citato non è condivisibile, non essendo possibile scorgere nell'inciso “*in modo da ostacolare*” un dolo specifico implicito per due ragioni: una di carattere generale, relativa alla stessa ammissibilità della nozione di dolo specifico implicito, l'altra, legata alla specificità del delitto di riciclaggio.

1. In ordine alla prima ragione si evidenzia come la dottrina maggioritaria escluda la possibilità di un dolo specifico implicito, preferendo optare, nell'individuazione delle fattispecie a dolo specifico, per un approccio strettamente normativo⁹⁴.

Questa scelta è conforme a quelle esigenze di tipizzazione a cui il dolo specifico risponde⁹⁵: la previsione del fine assolve, cioè, alla funzione, che non può che essere esclusivamente attribuita al nostro legislatore, di individuazione/selezione dei comportamenti illeciti, rispetto ad altri leciti o meno gravemente puniti⁹⁶.

⁹³ In questo senso anche Cass. pen., Sez. II, 10 gennaio 2003 n. 18103, Sirani.

⁹⁴ PICOTTI, *il dolo specifico*, cit., p. 499.

⁹⁵ DONINI, *Anatomia dogmatica del duello. L'onore dal gentiluomo al colletto bianco*, in *Ind. pen.*, n. 3-2000, p. 1069

⁹⁶FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., p. 366, per cui la previsione legislativa del dolo specifico assolve a tre funzioni: di restringimento dell'ambito della punibilità di un fatto base già illecito, di

2. Il secondo motivo è di carattere storico-letterale legato alla formulazione dell'art. 648 bis c.p..

Sul punto, di ausilio può essere il confronto sia con la versione della previsione originaria della disposizione, che contemplava, invece, espressamente il fine di procurare a sé od altri un profitto o di aiutare gli autori dei delitti presupposto ad assicurarselo⁹⁷, sia con il testo della Convenzione di Strasburgo sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato dell'8 novembre 1990, che si riferisce alla *“conversione o trasferimento di beni.....allo scopo di occultare o dissimulare l'illecita provenienza dei beni stessi o aiutare persone coinvolte...”*⁹⁸.

determinazione dell'illiceità di una condotta altrimenti lecita, di mutamento del titolo di reato.

⁹⁷ Si riporta di seguito il testo originario dell'art. 648 bis c.p.: *“fuori dei casi di concorso nel reato, chiunque compie fatti o atti diretti a sostituire denaro o valori provenienti dai delitti di rapina aggravata, di estorsione aggravata o di sequestro di persona a scopo di estorsione, con altro denaro o altri valori, al fine di procurare a sé o ad altri un profitto o di aiutare gli autori dei delitti suddetti ad assicurarsi il profitto del reato, è punito con la reclusione da quattro a dieci anni e con la multa da lire un milione a venti milioni. Si applica l'ultimo comma dell'articolo precedente”*.

⁹⁸ Si riporta di seguito il testo dell'art. 6 della Convenzione di Strasburgo: *“1. Ciascuna parte adotta tutte le misure legislative e di altra natura necessarie per prevedere come reato secondo la propria legge interna, quando il fatto è commesso intenzionalmente: a) la conversione o il trasferimento di beni, sapendo che essi sono proventi, allo scopo di occultare o dissimulare l'illecita provenienza dei beni stessi o aiutare persone coinvolte nella commissione del reato presupposto a sottrarsi alle conseguenze giuridiche dei loro atti; b) l'occultamento o la dissimulazione della natura, dell'origine, dell'ubicazione, di atti di disposizione o del*

La L. 9 Agosto 1993 n. 328, nel ratificare la predetta Convenzione, ha preferito la diversa locuzione “*in modo da ostacolare*” con l’evidente finalità d’individuare nell’impedimento all’individuazione della provenienza delittuosa il connotato oggettivo in funzione di selettore delle condotte punibili⁹⁹.

La direzione delle operazioni di riciclaggio verso il risultato di ripulitura o, forse meglio, il pericolo di questo risultato è indice di una specificità oggettiva che seleziona già sul piano materiale le azioni penalmente rilevanti, rendendo di

movimento di beni, nonché dei diritti di proprietà e degli altri diritti ad essa relativi, sapendo che detti beni sono proventi; e salvi i suoi principi costituzionali e i concetti fondamentali del suo ordinamento giuridico; c) l’acquisizione, il possesso o l’uso di beni, sapendo, nel momento in cui sono ricevuti, che essi sono proventi; d) la partecipazione nella commissione di reati che sono stati previsti a norma del presente articolo, l’associazione o la cospirazione allo scopo di commettere tali reati, il tentativo di commetterli, nonché l’assistenza, la facilitazione, il favoreggiamento e la prestazione di consigli per la loro commissione. 2. Al fine di dare attuazione o applicazione al paragrafo 1 del presente articolo: a) è irrilevante il fatto che la Parte abbia o non abbia giurisdizione penale in relazione al reato presupposto; b) può prevedersi che i reati di cui al predetto paragrafo, possono essere dedotti da circostanze obiettive e di fatto. 3. Ciascuna parte può adottare tutte le misure che ritiene necessarie per prevedere come reati, secondo la propria legge interna, i fatti di cui al paragrafo 1 del presente articolo, anche in uno o in tutti i seguenti casi: a) quando l’autore avrebbe dovuto ritenere che i beni costituivano proventi; b) quando l’autore ha agito al fine di profitto; c) quando l’autore ha agito allo scopo di promuovere lo svolgimento di ulteriori attività criminali”.

⁹⁹ CASTALDO-NADDEO, *Il denaro sporco prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio*, cit., p. 174.

fatto superflua l'individuazione di una finalità di nascondimento.

Convertire l'idoneità dissimulativa in concreto dell'operazione di riciclaggio anche in una finalità soggettiva significherebbe operare in contrasto con l'art. 25 Cost., richiedendo un requisito aggiuntivo che non è previsto dalla norma.

Che poi l'idoneità all'ostacolo, come elemento materiale peculiare del delitto di riciclaggio, produca delle conseguenze anche sul piano del contenuto soggettivo è innegabile; ciò, però, non rileva nel senso di una sua trasformazione in dolo specifico implicito, bensì nella necessità della volontaria esecuzione di una operazione di lavaggio unita alla consapevolezza della provenienza del bene da delitto doloso e alla consapevolezza dell'idoneità dell'operazione a creare ostacolo all'identificazione di tale provenienza¹⁰⁰.

In questo senso si esprime la giurisprudenza maggioritaria per cui *“l'elemento soggettivo del delitto di riciclaggio è integrato dal dolo generico, che ricomprende la volontà di compiere le attività volte ad ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa di beni od altre*

¹⁰⁰ ZANCHETTI, art. 648 bis c.p., in *Commentario breve al codice penale*, (a cura di) CRESPI-FORTI-ZUCCALÀ, Cedam, Padova, 5 ed., 2008, p. 1944.

*utilità, nella consapevolezza di tale origine, e non richiede alcun riferimento a scopi di profitto o di lucro*¹⁰¹.

¹⁰¹ Così Cass. pen. Sez. I, (ud. 18-01-2013) 23-05-2013, n. 22050, Berruti.

Cosiderazioni di sintesi

di

Lisa Castagna

Le attività disciplinari della Scuola di Dottorato, tenutesi ad Alba di Canazei dal 28 al 30 marzo 2014, hanno approfondito quest'anno “Il formante dottrinale”.

Il ciclo di incontri di carattere interdisciplinare si è, dunque, posto in continuità tematica con quello dello scorso anno, che aveva analizzato il formante giurisprudenziale, completando il quadro delle fonti non strettamente normative dell'ordinamento.

Per quanto specificamente concerne l'ambito penalistico, nel corso del seminario è stato possibile mettere in luce, sotto più aspetti, il ruolo fondamentale svolto dalla dottrina anche in materia penale.

Infatti, nonostante il diritto penale sia regolato dal principio di legalità – in base al quale il solo formante legislativo può prevedere le fattispecie incriminatrici – è stato evidenziato come la dottrina penalistica abbia comunque svolto

un importante compito di rilettura, comprensione ed adeguamento ermeneutico del dato normativo.

Sul punto, è possibile qui sintetizzare i tre profili di interesse emersi nei lavori, anche al fine di fornire una breve introduzione alle relazioni dei dottorandi, di seguito riportate.

In primis, la relazione introduttiva del Prof. Picotti si è soffermata sull'attività interpretativa della dottrina italiana degli anni '60 – '70, che ha proposto una lettura costituzionalmente orientata delle norme penali.

È bene, infatti, evidenziare che, essendo il codice penale italiano di emanazione fascista, con l'avvento della Costituzione si imponeva una rilettura delle fattispecie penali ivi contenute in conformità ai principi costituzionali dettati soprattutto dagli artt. 25 e 27 Cost. .

In particolare, lo studio della dottrina ha portato ad una rilettura costituzionalmente orientata dei beni giuridici tutelati, ad una piena valorizzazione dei principi di offensività e di colpevolezza, ad una reinterpretazione del ruolo dell'evento del reato e della disciplina del concorso di persone.

Con riferimento alla dogmatica del bene giuridico tutelato ed al principio di offensività è stato di fondamentale importanza il contributo del Prof. Bricola.

Bricola, infatti, ha operato un'esegesi del dato costituzionale, in modo tale da rileggere, criticare e riorientare la formulazione delle fattispecie codicistiche alla luce delle norme costituzionali.

Secondo il suo approccio ermeneutico, la Carta Costituzionale non è più ritenuta un insieme di principi programmatici, privi di applicabilità ed effettività concreta, ma costituisce la norma cardine dell'ordinamento, in grado di incidere sulla portata e sull'applicazione concreta anche delle norme penali.

In tale prospettiva, dunque, si ritiene che il bene giuridico tutelato dalla norma penale debba essere un bene giuridico tutelato anche dalla Costituzione o di rilevanza costituzionale quantomeno implicita, in virtù della concezione del diritto penale quale *extrema ratio* e dell'art 13 Cost. .

Si rileva, infatti, che, se la sanzione penale è in grado di incidere sulla libertà individuale costituzionalmente protetta, quale bene primario della persona, ciò può essere ammissibile solo a fronte della violazione di un precetto penale posto a presidio di un bene giuridico di rango equiparabile e, quindi, di rilevanza costituzionale.

Inoltre, il contributo della dottrina – ed in particolare del Prof. Bricola – è risultato fondamentale nella “costituzionalizzazione” del principio di offensività.

Tale principio si pone su due livelli: il primo nei confronti del legislatore, imponendogli di formulare fattispecie penali effettivamente offensive, e cioè effettivamente in grado di ledere o mettere in pericolo (concreto) beni giuridici costituzionali; il secondo nei confronti del giudice, il quale è chiamato a vagliare la concreta offensività della condotta posta in essere dall'imputato, il quale non potrà essere punito se la stessa non sia stata in grado di porre nemmeno in pericolo concreto il bene giuridico protetto.

Tale principio, non espressamente enunciato in Costituzione, è stato accolto a più riprese sia dalla giurisprudenza costituzionale che dalla giurisprudenza di legittimità e di merito.

Infatti, il principio di offensività è stato posto inizialmente a fondamento di numerose sentenze in tema di delitti di falso ed in materia di stupefacenti.

Con riferimento ai falsi, la giurisprudenza ha elaborato i concetti di “falso grossolano”, “falso innocuo” e “falso inutile”.

Il falso è grossolano quando è immediatamente riconoscibile da chiunque e non è idoneo ad ingannare in alcun

modo i destinatari. È, invece, innocuo il falso che risulta essere inoffensivo, in quanto inidoneo a porre in pericolo concreto gli interessi giuridici tutelati. Infine, il falso è inutile quando incide su aspetti marginali o irrilevanti dell'atto.

Orbene, appare chiaro come, nell'elaborazione di tali categorie, la giurisprudenza abbia ampiamente fatto ricorso al principio di offensività, al fine di escludere la rilevanza penale delle condotte che, pur integrando formalmente gli estremi delle fattispecie di falso, non siano in alcun modo idonee a porre in pericolo il bene giuridico tutelato.

Con riferimento, invece, alla materia degli stupefacenti, la giurisprudenza, anche a Sezioni Unite, richiede, per la punibilità ad esempio della coltivazione domestica, l'accertamento che la sostanza stupefacente ricavabile sia idonea a produrre un effetto stupefacente in concreto rilevabile, applicando quindi anche in tale caso il principio di offensività.

Occorre, infatti, che la sostanza prodotta sia concretamente idonea a porre in pericolo la salute pubblica e a determinare un effetto stupefacente, dal momento che, in mancanza, non vi è alcuna lesione concreta dei beni giuridici tutelati dalla fattispecie.

Infine, anche le Sezioni Unite del 2014, pronunciatesi in materia di concussione (art 317 c.p.) e induzione indebita a dare

o promettere utilità (art 319-*quater* c.p.), hanno fatto espresso richiamo proprio al principio di offensività al fine di individuare il criterio distintivo fra i suddetti reati.

Come si è detto, la lettura costituzionalmente orientata degli istituti di diritto penale ha imposto anche una diversa lettura e valorizzazione del principio di colpevolezza.

Inteso originariamente come mero divieto di responsabilità penale per fatto altrui, il principio è oggi più correttamente interpretato come necessità di una responsabilità del reo per fatto proprio colpevole.

Tale lettura dell'art 27 Cost. ha imposto di vagliare, con estrema attenzione, anche l'ammissibilità, nel nostro ordinamento, di una responsabilità penale in capo alle persone giuridiche.

Sul punto, la Dott.ssa Castellani ed il Dott. La Luce hanno evidenziato l'evoluzione dei formanti legislativo, giurisprudenziale e dottrinale con riferimento alla configurabilità di una responsabilità di tipo penale in capo agli enti, partendo dall'impostazione tradizionale che riteneva che "*societas delinquere non potest*", fino all'emanazione del d.lgs. 231/2001, che disciplina la responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica.

Benchè la questione dell'ammissibilità di una responsabilità penale in capo alle persone giuridiche possa sembrare oggi in parte superata dal dato letterale del d.lgs. 231/2001, che qualifica appunto la responsabilità da reato degli enti come amministrativa, in realtà il dibattito rimane aperto sia in dottrina che in giurisprudenza, in quanto non sono mancate pronunce di legittimità che hanno qualificato la responsabilità *ex* d.lgs. 231/2001 come *tertium genus*.

Inoltre, anche una rilettura della disciplina alla luce della giurisprudenza della Corte EDU potrebbe portare a ripensare la natura della responsabilità degli enti.

Infatti, è noto che la Corte EDU accoglie una nozione di sanzione penale estremamente lata, ricomprendendovi anche sanzioni che, nel diritto interno, sono qualificate come illeciti amministrativi o misure di sicurezza.

Secondo l'impostazione della Corte EDU, la natura penale della sanzione non può dipendere unicamente dal suo *nomen iuris*, ma deve essere ricavata da alcuni indici sintomatici come la gravità, la funzione repressiva, la natura del giudice che la applica e la tipologia del giudizio nel corso del quale viene accertata la responsabilità.

Orbene, con riferimento alla responsabilità *ex* d.lgs. 231/01 appare evidente come le sanzioni siano sicuramente

gravi ed afflittive, siano comminate dal giudice penale nel corso di un processo penale e abbiano indubitabilmente funzione repressivo – sanzionatoria per fatti di rilevanza penale.

Pertanto, alla luce di tali rilievi e della costante giurisprudenza della Corte EDU, vi potrebbero essere gli estremi per riquilibrare la responsabilità *ex* d.lgs. 231/01 in termini di responsabilità penale, quantomeno in senso lato.

Il secondo profilo di interesse emerso nel corso dell'incontro riguarda il ruolo della dottrina in una prospettiva futura.

Infatti, è oggi estremamente importante che il formante dottrinale si confronti con i principi sovranazionali e di diritto comparato.

Il ruolo sempre più incisivo della Corte EDU e l'individuazione di competenze penali esplicite anche in capo all'Unione Europea impongono una rilettura del dato penale non più e non solo alla luce della Carta costituzionale, ma anche in un'ottica comparata rispetto agli altri Stati membri ed alla giurisprudenza delle Corti sovranazionali.

Un esempio di efficace coordinamento fra la dottrina ed il legislatore europeo ci è stato offerto dal Dott. Flor che ha riportato il caso della direttiva europea 2006/24/CE, che imponeva agli Stati membri di stabilire obblighi di

conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico da parte dei fornitori di servizi di comunicazione.

Orbene, la normativa di recepimento di tale direttiva ha portato a diverse pronunce di incostituzionalità negli Stati membri, fondate soprattutto su istanze provenienti dalla dottrina.

In particolare, le critiche mosse dalla dottrina tedesca alla legge di recepimento sono state pienamente accolte prima dalla Corte Costituzionale tedesca, che ne ha dichiarato l'illegittimità, e, successivamente, sono state condivise da altre Corti Costituzionali degli Stati membri, a tal punto che, chiamato a riformare la normativa, anche il legislatore europeo ha tenuto conto dei profili di criticità sollevati proprio dalla dottrina tedesca.

Sul punto, va segnalato che è di recentissima pubblicazione (8 aprile 2014) la sentenza della Corte di Giustizia UE che ha considerato la predetta direttiva sulla c.d. “*data retention*” contraria ai diritti fondamentali sanciti dai Trattati.

Tale esempio di dialogo fra dottrina, legislatore e giurisprudenza ci permette di affrontare il terzo profilo emerso nell'incontro, che riguarda il recepimento da parte della giurisprudenza delle istanze della dottrina.

Infatti, è stato correttamente evidenziato che, al contrario del legislatore, che spesso dimentica il lavoro del formante dottrinale, la giurisprudenza nazionale ed internazionale si è invece dimostrata sempre più attenta a tale recepimento.

Già si è fatto cenno, parlando del principio di offensività, alla recentissima sentenza delle Sezioni Unite penali sulla distinzione fra concussione e indebita induzione. Tale pronuncia presenta anche il pregio di aver aderito pienamente alla nozione dottrinale di “minaccia” delineata dal Prof. Gatta in una sua recente monografia.

Inoltre, la Dott.ssa Vadalà ha ricordato l'orientamento giurisprudenziale, pur oggi superato, che accoglieva la tesi dottrinale minoritaria secondo cui il riciclaggio sarebbe un delitto a dolo specifico implicito.

Infine, è stato evidenziato dalla Dott.ssa Lanza come anche nell'ambito della giurisprudenza della Corte Penale Internazionale il ruolo della dottrina sia fondamentale, al fine di rinvenire un criterio per distinguere e classificare i ruoli dei vari corresponsabili, ed in specie dei soggetti in posizione apicale, nella perpetrazione di crimini internazionali.

Sul punto, è opportuno infatti rilevare che la giurisprudenza dell'ICC ha da ultimo accolto la dottrina del Prof. Claus Roxin del “dominio del fatto”, secondo cui devono essere

ritenuti penalmente responsabili i vertici gerarchici per i crimini perpetrati dai sottoposti, in quanto dai primi ordinati e diretti e, quindi, dominati.

Infatti, i soggetti in posizione apicale, pur non ponendo materialmente in essere le azioni criminose, le organizzano, comandano e dirigono, e, pertanto, delle stesse devono essere chiamati a rispondere.

In conclusione, appare opportuno sottolineare che il ruolo della dottrina non può dirsi assolutamente di secondo piano rispetto a quello degli altri formanti giuridici; e questo rilievo vale anche in materia penale, laddove è evidente che le istanze e le elaborazioni della dottrina rivestono un ruolo centrale, come dimostra il fatto che siano state recepite dalla giurisprudenza delle Corti supreme e costituzionali, nonché dalle Corti sovranazionali, oltre che accolte in importanti novelle normative, quale, ad esempio, il d.lgs 231/01, in materia di responsabilità amministrativa degli enti.

I curatori



Lorenzo Picotti è ordinario di diritto penale nell'Università di Verona



Roberto Flor è aggregato e ricercatore confermato di diritto penale nell'Università di Verona



Il formante dottrinale nel diritto penale

Il volume dal titolo “*Il formante dottrinale nel diritto penale*” raccoglie le relazioni e gli interventi della sessione penalistica del seminario interdisciplinare della Scuola di dottorato in Giurisprudenza dell’Università di Verona, che si è svolto nella sede di Alba di Canazei dal 28 al 30 marzo 2014.

Facendo seguito a quello sul “*Pluralismo delle fonti*” svoltosi l’anno precedente, il seminario ha riprodotto con successo il metodo seguito anche in precedenti seminari.

Sul piano dei contenuti è emerso il ruolo rilevante svolto dalla dottrina penale, rispetto a quello degli altri formanti giuridici; i cui orientamenti sono stati ampiamente recepiti dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, ed anche delle Corti sovranazionali.